

RAINER MASCHMEIER

**Die Einantwortung der Verlassenschaft
nach österreichischem Recht
durch deutsche Nachlaßgerichte**

1971

1972

Die Einantwortung der Verlassenschaft
nach österreichischem Recht
durch deutsche Nachlaßgerichte

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von Rainer Maschmeier
aus Gnesen (Warthegau)

1972



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. A. Heldrich
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. H. Kollhosser
Dekan: Prof. Dr. H. Kiefner
Tag der mündlichen Prüfung: 21. 12. 1971

GLIEDERUNG

=====

Seite

Einführung

1

Teil 1: Rechtsvergleichung

6

A. Gesetzgeberische Grundentscheidungen bei der Regelung des Erbschaftserwerbes

6

I. Zusammenfall von Erbanfall und Erbschaftserwerb - Regelung des BGB

6

II. Trennung von Erbanfall und Erbschaftserwerb - Regelung des ABGB

7

B. Darstellung und Vergleich der Regelungen im einzelnen

8

I. Gegenüberstellung der Wirkungsweise des Erbschaftserwerbs mittels Einantwortung und des Von-Selbst-Erwerbes

8

1. Wirkungen der Einantwortung

9

a) Einfluß auf die rechtliche Zuordnung des Nachlasses - Meinungsstand in Österreich

9

aa) Erbschaftserwerb ohne Einantwortung

9

(1) germanistische Auffassung

9

(2) romanistische Auffassung

10

bb) Erbschaftserwerb als Folge der Einantwortung

10

b) Wirkungen der Einantwortung im Rechtsverkehr

12

aa) Wirkungen im Hinblick auf die mit Einantwortung eintretende Vermischung zweier Vermögensmassen

13

(1) Entstehen der Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten

13

(a) Haftungsausgestaltung

13

(b) Haftungsbegründung

13

(2) Endtermin für die Haftungsausgestaltung	14
(3) Haftung mehrerer Erben	14
bb) Wirkungen insbesondere im Hinblick auf den amtlichen Charakter der Einantwortung	15
(1) Legitimationswirkung	15
(a) Erwerb von Scheinerben	15
(b) Leistung an Scheinerben	15
(2) Verfahrensrechtliche Wirkungen	16
(a) Konsumtionswirkung	16
(b) Präklusivwirkung	16
(aa) Ausschluß der Haftungsbeeinflussung	17
(bb) Notwendigkeit der Erbschaftsklage	17
(3) Rechtskraft	18
(a) formell	18
(b) materiell	18
2. Fehlen einer insgesamt der Einantwortung entsprechenden Einzelinstitution im BGB	19
3. Der Einantwortung vergleichbare Wirkungen erzeugende Institutionen des BGB	19
a) Erbschaftserwerb - Entsprechung im deutschen Recht: Erbfall	19
b) Haftungsbegründung - Entsprechung im deutschen Recht: Erbfall	19
aa) Haftende Vermögensmassen vor Einantwortung	19
(1) Entsprechung im BGB bei Vermögenssonderung: Nachlaßkonkurs u. ä.	19
(2) Entsprechung der Möglichkeiten für die Gläubiger	20
(3) Unterschiede	21

bb) Vergleich der Haftungslage nach Einantwortung mit Er- benhaftung nach § 1967 BGB	21
(1) Unterschiedliche zeit- liche Begrenzung der Vermögenssonderung	21
(2) Unterschiedlicher Zeit- raum für die Gestaltung des Haftungsumfanges	22
c) Rechtsscheins- und Legitimations- wirkungen: Entsprechung: Erb- schein	22
aa) Vermutungswirkung	22
bb) Öffentlicher Glaube	23
cc) Unterschiedliche Bestandskraft	23
d) Verfahrensrechtliche Wirkungen: Keine Entsprechung	23
II. Darstellung und Vergleich der Ausgestal- tung der mit dem Erbgang verbundenen Verfahren	23
1. Regelmäßiger Verlauf des Verfahrens in Deutschland	24
a) Kenntnis des Nachlaßgerichtes vom Todesfall	24
b) Tätigwerden des Nachlaßgerichtes von Amts wegen	24
aa) Nachlaßsicherung und Erbener- mittlung	25
bb) Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen	25
c) Tätigwerden auf Veranlassung der Betroffenen	25
aa) Mitwirkung bei der Erbschafts- annahme und -ausschlagung	25
bb) Erbscheinerteilung	26
cc) Sonstige Verfahrensakte	27
d) Zuständigkeit und Aufgabenvertei- lung	27
2. Regelmäßiger Verlauf des Verfahrens in Österreich	27

a) Kenntniserlangung des Verlassenschaftsgerichtes vom Todesfall	27
b) Todesfallsaufnahme	28
c) Kundmachung von Verfügungen von Todes wegen	28
d) Erledigung des Verfahrens	29
aa) Erledigung ohne Einantwortung	29
(1) Abtueung armutshalber	29
(a) Fehlen eines Nachlasses (§ 72 I AuBStrG)	29
(b) Geringwertiger Nachlaß (§ 72 II AuBStrG)	29
(2) Überlassung des Nachlasses an Zahlungs Statt (§ 73 AuBStrG)	30
(3) Verlassenschaftskonkurs	30
(4) Wirkung der Erledigung ohne Einantwortung	31
bb) Zur Einantwortung führende Abhandlung	31
(1) Erbserklärung	32
(a) Abgabe und Inhalt	32
(aa) Berufsgrund	32
(bb) Unbedingte oder bedingte Annahme	33
(b) Unwiderruflichkeit	33
(c) Annahme und Behandlung durch das Gericht	33
(aa) Zurückzuweisende Erklärungen	33
(bb) Kollidierende Erklärungen	34
(d) An die Erbserklärung anknüpfende Erbenbefugnisse	34
(aa) Einräumung der Verwaltungsbefugnis	34
(bb) Einräumung der Verfügungsbefugnis über einzelne Nachlaßgegenstände	35
(2) Zur Einantwortung erforderliche Nachweise	35

	<u>Seite</u>
(a) Erbrechtsausweis	35
(b) Nachweis der Erfüllung von Verbindlichkeiten	36
(aa) Testamentsausweis	36
(a ₁) Nacherb- schaft	36
(b ₁) Legate	36
(c ₁) Auflagen	36
(bb) Pflichtteilsaus- weis	36
(3) Einantwortungsverord- nung	37
(4) Abschließende Akte	38
e) Sonstiges Tätigwerden der Verlas- senschaftsgerichte	38
aa) Inventarerrichtung	38
bb) Weitere Tätigkeiten	39
f) Zuständigkeit und Aufgabenvertei- lung	39
3. Vergleich der Verfahrensabläufe	40
a) Gegensatz: Amtswegiges Vorgehen - Parteiinitiative	40
b) Berührungspunkte	40
aa) Erbenermittlung	41
bb) Eröffnung von Verfügungen	41
cc) Amtswegige Beweiserhebungen	41
dd) Antragsverfahren bei Abtuung armutshalber	41
4. Vergleich der Zuständigkeits- und Aufgabenverteilung	42
Teil 2: <u>Die Einantwortung durch deutsche Nachlaß- gerichte</u>	43
A. <u>Internationalprivatrechtliche Fragen - Anwendbarkeit materiellen Erbrechts</u>	43
I. Regelung durch Staatsvertrag	43
II. Regelung durch IPR	44

1. Geltung des ABGB-Erbrechts für deutsche Staatsangehörige	44
2. Geltung des ABGB-Erbrechts für Erbfälle nach Erblassern österreichischer Staatsangehörigkeit	45
a) Ausnahmen zugunsten deutscher Erben eines Österreichers (Privilegium Germanicum, Art. 25, S. 2 EGBGB)	45
b) Rückverweisung auf das BGB	47
aa) Regelung für unbewegliche Sachen	47
bb) Vererbung beweglicher Sachen	48
B. <u>Internationalverfahrensrechtliche Fragen</u>	50
I. Deutsche Gerichtsbarkeit	50
1. Gerichtsbarkeit im völkerrechtlichen Sinne	51
2. Gerichtsbarkeit im innerstaatlichen Sinne	51
II. Internationale Zuständigkeit	51
1. Begriff und hier abzuhandelnder Teilbereich	51
2. Regelung der internationalen Zuständigkeit	52
a) gesetzlich	53
b) staatsvertraglich	53
c) gewohnheitsrechtlich	53
3. Handhabung der internationalen Zuständigkeit in Rechtsprechung und Lehre	54
a) Gleichlaufgrundsatz	55
aa) Begründung durch die Rechtsprechung	56
(1) Entwicklung	56
(a) arg. e §§ 2369 BGB, 73 III FGG	56
(b) arg. e Art. 25, 213 EGBGB	57
(2) Spätere Übernahme	58
bb) Nachträgliche Stützung durch die Lehre	58

(1) Argumentation aus Besonderheiten einzelner Verfahrensbereiche bzw. -akte	58
(2) Ziel der Gleichlaufanhänger	60
cc) Durchbrechung des Gleichlaufgrundsatzes	60
(1) gesetzliche Ausnahmen	61
(2) vorläufige Sicherungsmaßnahmen	61
(3) LAG-Fälle	61
(4) Notzuständigkeiten	61
b) Gleichlaufgegner	62
aa) Widerlegung der Rechtsprechungsargumentation	62
bb) Argumente gegen die Lehrmeinungen	64
(1) zweifelhafte dogmatische Konstruktion	64
(2) Impraktikabilität	66
(3) mangelnde Rechtsfürsorge	67
cc) Anknüpfung an die örtliche Zuständigkeit	68
dd) Sicherung der Inlandgerichte vor zu weitgehender Inanspruchnahme	69
c) Stellungnahme	69
III. Wesenseigene Zuständigkeit	71
1) Begriff	72
2) Bei inländischer Rechtsverwirklichung verfügbare Mittel	73
a) Verfahrensmittel - lex-fori-Grundsatz	73
aa) Begründungen des lex-fori-Grundsatzes	74
bb) Zweckmäßigkeit	75
cc) Beibehaltung mittels autonomer Qualifikation	77
dd) Durchbrechung für sachrechtsbezogenes Verfahren	77

ee) Arbeitshypothese	79
b) Inländische Einrichtungen	81
<u>C. Konkrete verfahrensrechtliche Durchführbarkeit der Einantwortung</u>	83
I. Anwendbarkeit inländischen Verfahrensrechts	83
1) Direkte Anwendung	83
2) Analoge (angepaßte Anwendung des Erbscheinsverfahrens)	83
a) Fremdrechtserbschein gem. § 2369 BGB	83
b) Allgemeiner Erbschein gem. § 2353 BGB	84
aa) Vorgeschaltete Argumente	84
bb) Wege der Anpassung	85
(1) Gleichstellung des Erbserklärten mit dem BGB-Erben	86
(a) Rechtsposition des Erbserklärten	86
(b) Einhaltung des lex-fori-Grundsatzes bei der Erbserklärung	87
(2) Ausstattung des Erbscheines mit materiellen Einantwortungswirkungen	91
(a) Lex-fori-Grundsatz bei der Wirksamkeitsvoraussetzung Erbserklärung	92
(b) Systemgerechtigkeit einer Beschränkung auf materiellrechtliche Wirkungen	92
II. Ermittlung und Bewertung der Interessen an einer Einantwortung durch deutsche Nachlaßgerichte	93
1) Hinweise aus der Ausgestaltung des österreichischen Verfahrens	93
a) Häufigkeit der Erledigung ohne Einantwortung	93
b) Bedeutsamkeit der Erbfälle mit zwingend vorgeschriebener Einantwortung	96

2) Einschaltbarkeit österreichischer Gerichte	96
a) Fehlende Sachverhaltsnähe	97
b) Kostensteigerung	97
c) Erfolgsrisiko angesichts der österreichischen Gerichtspraxis	97
 III. Umfang der notwendigen und möglichen Heranziehung österreichischen Verfahrensrechtes	 99
1) Übernahme der amtswegigen Nachlaßabhandlung	100
2) Mangels Bedeutung im österreichischen Erbrechtssystem unberücksichtigt bleibende Vorschriften	100
a) Mitteilungspflicht der Standesämter	101
b) Registerführung	101
c) Todfallsaufnahme	101
d) Kundmachung der Verfügungen	102
3) Abwicklung bei geringem oder fehlendem Nachlaß	102
4) Ermittlung und Realisierbarkeit der das Erbrechtssystem entscheidend beeinflussenden Verfahrensvorschriften	102
a) Verfahren bei Abgabe und Annahme der Erbserklärung	103
aa) Aufforderung zur Erklärung	103
bb) Inhaltliche und formelle Anforderungen	103
cc) Inventarerrichtung bei bedingter Erbserklärung	104
dd) Einbeziehung weiterer Erbanswärter ins Verfahren	105
ee) Vorgehen bei kollidierenden Erklärungen	105
b) Zur Einantwortung erforderliche Nachweise	107
aa) Erbrechtsausweis	107
bb) Weitere Ausweise	107

c) Durchführung des Einantwortungsaktes	108
aa) Einantwortungsverordnung	108
bb) Beendigungserklärung	108
cc) Inhaltliche Realisierbarkeit	109
dd) Zustellungsfrage	109
ee) Realisierbarkeit der Rechtsgestaltung	109
5. Zusammenfassung und Beispiel einer Einantwortungsverfügung	111

LITERATURVERZEICHNIS

=====

- v. Anders Grundriß des Erbrechts,
Leipzig 1899 (v. Anders, ErbR)
- Asch Die Behandlung von ausländischen
Nachlässen im deutschen Reich
JW 1925, 1600
- Aubin Anmerkung zum Beschluß des OLG Bam-
berg v. 22.3.1951,
JZ 1951, 511
- Bärmann Freiwillige Gerichtsbarkeit und
Notarrecht,
Berlin, Heidelberg, New York 1968
(Bärmann, FwG)
- Bajons Der Erbschaftserwerb bei geringfü-
gigen Nachlässen,
öJBl 1970, 169
- v. Bar Theorie und Praxis des internatio-
nalen Privatrechts, Bd. I u. II,
2. Aufl., Hannover 1889 (v. Bar, IPR)
- Bauer Compétence Judiciaire Internatio-
nale des tribunaux civils Francais
et Allemands,
Paris 1965 (Bauer, Compétence
Judiciaire)
- Beitzke Betrachtungen zur Methodik im In-
ternationalprivatrecht, Festschrift
für Smend, S. 1 ff.
- Die deutsche internationale Zustän-
digkeit in Familienrechtssachen,
FamRZ 1967, 592
- Internationale Zuständigkeit in Le-
gitimationssachen, Festschrift für
Kraus (1954) 20 ff.
- Booß Fragen der "wesenseigenen Zustän-
digkeit" im Internationalen Familien-
recht,
Diss. Bonn 1965 (Booß, Wesenseigene
Zust.)
- Breuleux Internationale Zuständigkeit und an-
wendbares Recht,
Diss. Zürich 1969 (Breuleux, Internat.
Zust.)

Fedynskyj	Rechtstatsachen auf dem Gebiete des Erbrechts im Gerichtsbezirk Innsbruck, Innsbruck, München 1968 (Fedynskyj, Rechtstatsachen)
Fetter-Edlbacher	Verfahren außer Streitsachen, Wien 1956
Ferid-Firsching	Internationales Erbrecht, Band I, München 1969
Firsching	Aktuelle Fragen des Erbscheinrechts, DNotZ 1960, 565 u. 640
-	Anm. zur Entscheidung des KG v. 15.1.1953, DNotZ 1953, 406, DNotZ 1953, 408
-	Besprechung von Schlechtriem, Ausl. Erbrecht, ZZP 81 (1968), 300 ff.
-	Deutsch-amerikanische Erbfälle, München, Berlin 1965
-	Die Anwendung ausländischen Rechts, DRiZ 1968, 278
-	Die Behandlung der Nachlässe österreichischer Erblasser durch deutsche Gerichte, DNotZ 1963, 329
-	Handbuch der amtsgerichtlichen Praxis, Band 6, Nachlaßrecht, 3. Aufl., München 1967 (Firsching, NachlR)
Frankenstein	Internationales Privatrecht (Grenzrecht), Band IV, Berlin 1935 (Frankenstein, IPR)
Gamillscheg	Die "wesenseigene Zuständigkeit" bei der Scheidung von Ausländern, Festschrift für Dölle II (1963), 289 ff.
Gschnitzer	Erbrecht, Wien 1964 (Gschnitzer, ErbR)

- Geimer Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischer Urteile, Bielefeld 1966 (Geimer, Gerichtsbarkeit und internat. Zust.)
- Habicht-Greiff Internationales Privatrecht nach dem Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Berlin 1907 (Habicht, IPR)
- Habscheid Freiwillige Gerichtsbarkeit, "Deutsche Landesreferate zum VIII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung" in Uppsala 1966, 213 ff. Berlin, Tübingen 1967
- Parteivereinbarungen über die internationale Zuständigkeit nach deutschem und schweizerischem Recht, Festschrift für H. Schima, 175 ff., Wien 1969 (Habscheid, Parteivereinbarungen)
- Hantsch Aus der Praxis der Außerstreitnovelle 1923, öGZ 1924, 33 ff.
- v. Harraskowsky Grundzüge der Verlassenschaftsabhandlung, Wien 1862
- Hauke Die Vereinfachung des Verfahrens außer Streitsachen, öGZ 1924, 81 ff.
- Heldrich Anmerkung zum Urteil des BGH v. 22. 3.1967 (JZ 1967, 671 = FamRZ 67, 452 = NJW 1967, 2109) JZ 1967, 675
- Die Frage der internationalen Zuständigkeit im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit: Vortrag auf der 11. Tagung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht in Innsbruck vom 1.-4.5.1969. Abdruck voraussichtl. in Heft 10 der Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht. Seitenangaben beziehen sich auf das vorliegende Manuskript (Heldrich, Internat. Zust. in der FWG)

- Heldrich Die Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, Berlin, Tübingen 1969 (Heldrich, Internat. Zust.)
- Fragen der internationalen Zuständigkeit der deutschen Nachlaßgerichte, NJW 1967, 417 ff.
- Hellwich-Preisseecker Das Verfahren außer Streitsachen, 2. Aufl. (des gleichnamigen Werkes von Frey-Antoni), Wien 1952
- Holter Die Praxis des Außerstreitrechtes, Linz 1967 (Holter, AußerstreitR)
- Jacobs Die perpetuatio fori im internationalen Recht des Zivilprozesses und der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. Köln 1962 (Jacobs, Die perpetuatio fori)
- Jansen FGG-Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Berlin 1969 (Jansen, FGG)
- Jayme Anm. zum Urteil des BGH vom 22.3. 1967, RabelsZ 32 (1968), 313
- Deutsch-italienische Adoptionen, Das Standesamt 1969, 2 ff.
- Josef Die Zuständigkeit deutscher Nachlaßgerichte bei Sterbefällen von Ausländern, DNotZ 4 (1904), 199 ff.
- Die Zuständigkeit deutscher Nachlaßgerichte bei Sterbefällen von Ausländern, JW 1912, 1024 ff.
- Streitfragen aus dem zwischenstaatlichen Privatrecht im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, NiemZ 28 (1920), 330 f.
- Kegel Das Internationale Privatrecht im Einführungsgesetz zum BGB, Stuttgart 1961 (Kegel, IPR)

- Kegel Die Grenze von Qualifikation und Renvoi im internationalen Verjährungsrecht, Köln, Opladen 1962
- Keidel Freiwillige Gerichtsbarkeit, 9. Aufl., München, Berlin 1967 (Keidel, FGG)
- Klang Kommentar zum ABGB, 3.Bd., §§ 531-858, bearb. v. Gschnitzer, Klang, Weiß, 2. Aufl., Wien 1952 (Klang-Bearbeiter)
- Köhler Internationales Privatrecht auf Grundlage der Judikatur, 2. Aufl. Wien 1961 (Köhler, IPR)
- Kostner Die Überlassung an Zahlungsstatt, öNotZ 1951, 52
- Kralik Die internationale Zuständigkeit, ZZP 74 (1961), 2 ff.
- Krönig Die internationalprivatrechtliche Zuständigkeit in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. Hamburg 1936 (Krönig, Internat. Zust.)
- Lange Lehrbuch des Erbrechts, München, Berlin 1962 (Lange, ErbR)
- Larenz Derogierende Kraft des Gerichtsgebrauchs, NJW 1951, 497 ff.
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960
- Laßleben Die internationale Zuständigkeit in Personen-, Ehe- und Familienstandsangelegenheiten, Diss. Erlangen 1969 (Laßleben, Internat. Zust.)
- Lauterbach Vorschläge und Gutachten zur Reform des internationalen Erbrechts, Tübingen, Berlin 1969 (Lauterbach, Vorschläge und Gutachten)

- Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht, 14. Aufl., München 1969 (Lent-Jauernig, Zivilprozeßrecht)
- Lent-Habscheid Freiwillige Gerichtsbarkeit, München, Berlin 1962
- Lewald Das deutsche Internationale Privatrecht, Leipzig 1930/31
- Liedermann Hypothekarforderungen und § 72 II AußStrG mit besonderer Berücksichtigung des § 320 EO, öRiZ 1934, Nr. 1
- Lorenz Die internationale Zuständigkeit als Voraussetzung für die Anerkennung ausländischer Eheurteile in Deutschland, FamRZ 66, 466 ff.
- Makarov Theorie und Praxis der Qualifikation, Festschrift für Dölle II (1963), 149
- Matscher Zur Theorie der Anerkennung ausländischer Entscheidung nach österreichischem Recht, S. 265 ff., Festschrift für H. Schima, Wien 1969
- Zuständigkeitsvereinbarungen im österreichischen und im internationalen Zivilprozeßrecht, Wien, New York 1967 (Matscher, Zuständigkeitsvereinbarungen)
- Matthies Die deutsche internationale Zuständigkeit, Frankfurter Wissenschaftliche Beiträge, Bd. II, 1955 (Matthies, Internat. Zust.)
- Müller, Dierk Buchbesprechung: Keidel, FGG, 9. Aufl., RabelsZ 33 (1969), 174
- Müller, Horst Der Schuldausspruch bei Ehescheidung durch deutsche Gerichte bei ausländischem Recht, JbIntR 5 (1954), 239 ff.
- Die internationale Zuständigkeit, "Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongreß für Rechtsver-

gleichung" in Uppsala 1966, 181 ff.
(Müller, H., Internat. Zust.)

Meyer, August

Die Nachlaßabsonderung,
öNotZ 1950, 166

Nemethy-Hauke

Formbuch für das Verfahren außer
Streitsachen, 5. Aufl. Wien 1967
(Nemethy-Hauke, Formbuch)

Neuhaus

Anmerkung zum Beschluß des BGH
v. 14.6.1965, JZ 1966, 237

-

Anmerkung zur Entscheidung OLG Neu-
stadt, 25.5.1951 (JZ 1951, 644 f.),
JZ 1951, 646

-

Die Grundbegriffe des internatio-
nalen Privatrechts,
Berlin, Tübingen 1962
(Neuhaus, Grundbegriffe)

-

Internationales Zivilprozeßrecht und
internationales Privatrecht,
RabelsZ 20 (1955), 201 ff.

-

Internationale Zuständigkeit für
rechtsgestaltende Entscheidungen,
FamRZ 1959, 482 ff.

-

Um die Reform des deutschen Inter-
nationalen Erbrechts,
FamRZ 1970, 12 ff.

-

Zur internationalen Zuständigkeit
in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit,
NJW 1967, 1167

Neuner

Der Sinn der internationalprivat-
rechtlichen Norm,
Prag 1932

-

Internationale Zuständigkeit, Bei-
träge zum Zivilprozeß 6,
Mannheim, Berlin, Leipzig 1929
(Neuner, Internat. Zust.)

Niederländer

Materielles Recht und Verfahrens-
recht im internationalen Privat-
recht,
RabelsZ 20 (1955), 1 ff.

- Niemeyer Sind deutsche Nachlaßgerichte unzuständig, wenn materiell für den Erbfall ausländisches Recht maßgeblich ist?
NiemZ 13 (1903), 21 ff.
- Nußbaum Deutsches Internationales Privatrecht,
Tübingen 1932 (Nußbaum, Deutsches IPR)
- Ofner Der Urentwurf und die Berathungsprotokolle des österreichischen ABGB, Band I,
Wien 1899
- Ott Geschichte und Grundlagen des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens (freiwillige Gerichtsbarkeit),
Wien 1906
- v. Overbeck Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht,
SchwJbIntR 21 (1955), 25 ff.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 30. Aufl.,
München 1971 (Palandt-Bearbeiter)
- Pagenstecher Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit als selbständige Prozessvoraussetzungen,
RabelsZ 11 (1957), 337 ff.
- Pfaff und Hofmann Commentar zum österreichischen ABGB, Band II, 1, Wien 1877
- Pikart-Henn Lehrbuch der Freiwilligen Gerichtsbarkeit,
Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- Pinckernelle-Spreen Das Internationale Nachlaßverfahrensrecht,
DNotZ 1967, 195 ff.
- Prey-Antoni Das Verfahren außer Streitsachen,
Wien 1928
- Raape Internationales Privatrecht, 5. Aufl.,
Berlin, Frankfurt 1961 (Raape, IPR)
- v. Randa Erwerb der Erbschaft nach österreichischem Recht auf Grundlage des gemeinen Rechts,
Wien 1867

Reich	Können deutsche Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn sie ausländisches materielles Recht anzuwenden haben, Einrichtungen vornehmen, die von ähnlichen damit vergleichbaren Tätigkeiten aus dem deutschen Recht wesensverschieden sind, oder die das deutsche Recht nicht kennt? Freiburg 1957 (Reich, Wesensverschiedene Einrichtungen)
Reichelt	Anmerkung zu KG Steyr 14.5.1968, österr. "Zeitschrift für Rechtsvergleichung", 1969, 311 ff.
Reichhof	Die staatliche Zuständigkeit der deutschen Nachlaßgerichte, Diss. München 1939 (Reichhof, Staatl. Zust.)
Reu	Die staatliche Zuständigkeit im internationalen Privatrecht, Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Nr. 77, Marburg 1938 (Reu, Staatl. Zust.)
Riezler	Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht, Berlin, Tübingen 1949 (Riezler, IZPR)
-	Zur sachlichen internationalen Unzuständigkeit, Festschrift für Rosenberg (1949), 199 ff.
Rintelen	Grundriß des Verfahrens außer Streitsachen, München, Leipzig 1914 (Rintelen, Grundriß)
Schima	Entwicklungen im Verfahren außer Streitsachen, öNotZ 1949, 113 ff.
Schlechtriem	Ausländisches Erbrecht im deutschen Verfahren, Karlsruhe 1966 (Schlechtriem, Ausl. ErbR)
Schlegelberger	Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Köln, Berlin 1952

- Schröder Buchbesprechung: Dölle, Internationales Privatrecht, FamRZ 1970, 108
- Schweizer Die Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts, Diss. München 1965
- Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit im Zivilprozeß und in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, DRiZ 1968, 365 ff.
- Reihenfolge der Prüfung von internationaler Zuständigkeit und ausländischer Sachnorm über die Unzulässigkeit gerichtlicher Tätigkeit, NJW 1967, 428 f.
- Schwimmann Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte gegenüber Ausländern zur Regelung der Rechtsverhältnisse zwischen geschiedenen Eltern und ihren Kindern, FamRZ 1959, 325
- Die Abgrenzung von materiellem Recht und Prozeßrecht bei Anwendung ausländischen Rechts, öJZ 1956, 364 f.
- Internationale Zuständigkeit in Abhängigkeit von der lex causae? RabelsZ 34 (1970), 201 ff.
- Vortrag vor der Internationalen Law Association, Austrian Branch, Bericht in öJZ 1956, 364 ff.
- Seidel Die Zuständigkeit deutscher Nachlaßgerichte beim Tode von Ausländern, Diss. 1905 (Seidel, Zuständigkeit)
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 4, Sachenrecht, 10. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1968
- Bd. 7, Einführungsgesetz, 10. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1970 (Soergel-Siebert-Bearbeiter)

- Sonnenberger Die Bedeutung des Grundgesetzes für das internationale Privatrecht, Diss. München 1967
- v. Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. V, Bearbeiter: Dittmann, Ferid, Firsching, Lehmann, 10. und 11. Aufl. Berlin 1960
- Bd. VI, Einführungsgesetz, 2. Teil, Art. 7-31, Bearbeiter: Raape, 9. Aufl. München, Berlin, Leipzig 1931 (Staudinger-Bearbeiter)
- Steinlechner Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge nach römischem und österreichischem Recht, Innsbruck 1893
- Swoboda Das internationale Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. München 1934 (Swoboda, Internat. Recht der FwG)
- Swoboda, Ernst Das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Bd. IV, Bearbeiter: Bartsch, Wien 1942 (Swoboda-Bartsch, ABGB IV)
- Touaillon Von der Erbserklärung zum Erbschaftsstreit
öZBl 1908, 361, 783, 971
" 1910, 97, 369
" 1911, 193, 273
" 1912, 100, 201
" 1913, 973
- Unger Das österreichische Erbrecht, 4. Aufl., Leipzig 1894
- Vischer Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht, Basel 1953
- Wahl Zum internationalen Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Personen- und Familiensachen, RabelsZ 10 (1936), 40 ff.
- Walchshöfer Die deutsche internationale Zuständigkeit in der streitigen Gerichtsbarkeit, ZZP 80 (1967), 165-229

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Orte
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Ausglo	Ausgleichsordnung
AußStrG	Kaiserliches Patent vom 9. August 1844 über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen
Bem.	Bemerkung
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
FN	Fußnote
Geo	Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz
GlU	Sammlung von zivilgerichtlichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes, herausgegeben von Glaser und Unger (Band 1-34)
GlUNF	Neue Folge dieser Sammlung (Entscheidungen seit dem Jahre 1898, Bd. Nr. 35-52)
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz
HS	Halbsatz
IPRspr	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts in den Jahren... (Sonderveröffentlichung zu: RabelsZ, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht)
JbIntR	Jahrbuch für internationales Recht
JABl	Amtsblatt der österreichischen Justizverwaltung
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kosten-, Stempel- und Strafsachen
mwN	mit weiteren Nachweisen
NiemZ	Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht

öBGBI	(österreichisches) Bundesgesetzblatt
öGZ	(österreichische) Gerichtszeitung
öJB1	(österreichische) Juristische Blätter
öKO	(österreichische) Konkursordnung
öNotZ	(österreichische) Notarzeitschrift, Monatsschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit
öPersStG	(österreichisches) Personenstandsgesetz
öRGB1	(österreichisches) Reichsgesetzblatt
öRiZ	(österreichische) Richterzeitung
öZB1	(österreichisches) Zentralblatt für die juristische Praxis)
OGH	Oberster Gerichtshof
PrFGG	Preußisches Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 21.9.1899
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel
RHE (ZIV)	(österreichischer) Rechtshilfeerlaß für Zivilsachen
RNr	Randnummer
RzW	Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht (NJW)
SchwJBintR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen (Amtliche Sammlung)

Einführung

Angeregt durch die sich stetig verstärkende Internationalisierung des Rechtsverkehrs sind in jüngster Zeit in Deutschland die hergebrachten Grundsätze über die internationale Zuständigkeit - also die Regeln, die eine Aufteilung der Rechtsangelegenheiten internationalen Charakters auf die verschiedenen in Betracht kommenden Staaten bezwecken¹⁾ - immer wieder, z. T. kritisch, untersucht worden²⁾.

Obwohl weniger häufig behandelt³⁾, blieb hiervon auch das Gebiet der freiwilligen oder außergestreitigen⁴⁾ Gerichtsbarkeit

-
- 1) Vgl. Habscheid, Parteivereinbarungen über die internationale Zuständigkeit nach deutschem und schweizerischem Recht: Festschrift für H. Schima, 175 ff. (1976).
 - 2) Vor allem in den Arbeiten von: Breuleux, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht; v. Craushaar, Die internationalrechtliche Anwendbarkeit deutscher Prozeßnormen; Heldrich, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht; Kralik, Die internationale Zuständigkeit: ZZP 74 (1961), 2 ff.; Matthies, Die deutsche internationale Zuständigkeit; Müller, Horst, Die internationale Zuständigkeit: Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966 (1967), 181 ff.; Neuhaus, Internationales Zivilprozeßrecht und internationales Privatrecht: RabelsZ 20 (1955), 201 ff.; Neuner, Internationale Zuständigkeit; v. Overbeck, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht: SchwJb IntR 21 (1955) 25 ff.; Pagenstecher, Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit als selbständige Prozeßvoraussetzungen: RabelsZ 11 (1937), 337 ff.; Reu, Die staatliche Zuständigkeit im internationalen Privatrecht; Riezler, Internationales Zivilprozeßrecht und prozessuales Fremdenrecht; Schwimann, Internationale Zuständigkeit in Abhängigkeit von der lex causae: RabelsZ 34 (1970), 201; Siemssen, Eine Analyse der Anknüpfungen für die internationale Zuständigkeit im internationalen Zivilprozeß; Walchshöfer, Die deutsche internationale Zuständigkeit in der streitigen Gerichtsbarkeit in ZZP 80 (1967), 165 ff.
 - 3) Heldrich, Die Frage der internationalen Zuständigkeit im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
 - 4) Im österreichischen Rechtskreis gebräuchliche Bezeichnung.

nicht unberührt⁵⁾, insbesondere da dort mangels eingehender Kodifikation⁶⁾ und infolge fließender Übergänge zwischen materiellem und Verfahrensrecht einerseits ein großes Bedürfnis nach einer Entwicklung klarer Grundsätze besteht, andererseits weil dort aus den gleichen Gründen Spielraum für die unterschiedlichsten Auffassungen gegeben ist.

Anlaß für - in letzter Zeit stärker hervortretende - Meinungsverschiedenheiten bildet besonders die (Teil-) Frage nach der Zuständigkeit deutscher Gerichte der freiwilligen Gerichtsbar-

5) Außer den in Fn. 3 genannten Arbeiten von Breuleux, Heldrich, Reu und Schwimann, die Fragen der freiwilligen Gerichtsbarkeit mitbehandeln, sind besonders zu erwähnen: Beitzke, Internationale Zuständigkeit in Legitimationssachen; Festschrift für Kraus, 20 ff.; ders., Die deutsche internationale Zuständigkeit in Familienrechtssachen: FamRZ 1967, 592 ff.; Booß, Fragen der "wesenseigenen Zuständigkeit" im internationalen Familienrecht; Dölle, Über einige Kernprobleme des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit: RabelsZ 27 (1962), 201 ff.; Gamillscheg, Die "wesenseigene Zuständigkeit" bei der Scheidung von Ausländern: Festschrift für Dölle II (1963), 289 ff.; Heldrich, Internat. Zust. in der FwG; ders., Fragen der internationalen Zuständigkeit der deutschen Nachlaßgerichte, NJW 1967, 417; Krönig, Die internationalprivatrechtliche Zuständigkeit in der freiwilligen Gerichtsbarkeit; Laßleben, Die internationale Zuständigkeit in Personen-, Ehe- und Familienstandssachen; Neubaus, Zur internationalen Zuständigkeit in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, NJW 1967, 1167; Reich, Können deutsche Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn sie ausländisches Recht anzuwenden haben, Verrichtungen vornehmen, die von ähnlichen damit vergleichbaren Tätigkeiten aus dem deutschen Recht wesensverschieden sind oder die das deutsche Recht nicht kennt; Schlechtriem, Ausländisches Erbrecht im deutschen Verfahren; Schwimann, Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte gegenüber Ausländern zur Regelung der Rechtsverhältnisse zwischen geschiedenen Eltern und ihren Kindern: FamRZ 1959, 325; Seidel, Die Zuständigkeit deutscher Nachlaßgerichte beim Tode von Ausländern; Swoboda, Das internationale Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit; Wahl, Zum internationalen Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Personen- und Familiensachen: RabelsZ 10 (1936), 40 ff.; Wiethölter, Internationales Nachlaßverfahren in: Lauterbach, Vorschläge und Gutachten zur Reform des internationalen Erbrechts.

6) Vgl. Heldrich, Internat. Zust. in der FwG, 1; zur Gesetzeslage bzgl. der internationalen Zuständigkeit vgl. H. Müller, Internat. Zust., 188 ff.

keit, wenn kollisionsrechtlich die Anwendung ausländischen Rechts auf den zu entscheidenden Fall vorgeschrieben ist, der Fall gleichzeitig aber bestimmte Inlandsbeziehungen aufweist, die eine Abhandlung durch deutsche Gerichte naheliegend erscheinen lassen.

Die vorgeschlagenen Lösungen reichen von dem Extrem der Annahme einer generellen Unzuständigkeit⁷⁾ des deutschen Richters bis zu dem Gegenpunkt einer grundsätzlichen Bejahung⁸⁾ seiner internationalen Zuständigkeit in diesen Fällen.

Es darf nun nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, die bereits bestehende Begriffsverwirrung und Unübersichtlichkeit auf dem Gebiete der internationalen Zuständigkeit, wo es selbst an einer einheitlichen Nomenklatur fehlt⁹⁾, durch die Aufstellung

7) So vor allem die den strengen Gleichlauf von anwendbarem Recht und internationaler Zuständigkeit befürwortende herrschende Judikatur in Nachlasssachen, so u. a. KG JW 1937, 1728; OLG Neustadt JZ 1951, 644 (645); BayObLGZ 1958, 34 (37); 1959, 8 (11); 1959, 390 (398); Der Rechtsprechung folgt ein Großteil der Kommentarliteratur zu 25 EGBGB, z. B. Erman-Marquardt, Art. 24, 25 EGBGB, Bem. 13 b; Palandt-Lauterbach, Art. 25 EGBGB Anm. 3; Staudinger-Raape, Art. 25 EGBGB Anm. G I und zu § 73 FGG z. B. Jansen, FGG, § 73 Anm. 8; Schlegelberger, FGG, § 73 RNr. 2; ebenso in der Literatur die Vertreter der sog. Gleichlauftheorie, in ihrer strengsten Form z. B. Reu, Staatl. Zust., 87; Dölle, RabelsZ 27 (1962), 215, bezeichnet den Grundsatz des Gleichlaufs, wonach nur die Gerichte des Sachstatuts tätig werden dürfen, als "heuristisches Prinzip", an dem man sich orientieren sollte, ohne freilich die von ihm gewiesene Richtung stets einhalten zu müssen.

8) So die Gegner des Gleichlaufgrundsatzes, etwa: Heldrich, Internat. Zust. in der FwG, 25; ders., Internat. Zust., 223; ders., Fragen der internat. Zust. der deutschen Nachlassgerichte, NJW 1967, 417 (420); Schlechtriem, Ausl. ErbR, 13; Schwimmann, RabelsZ 34 (1970), 221 f.

9) Vgl. dazu: Breuleux, Internat. Zust., 9 ff.; Kralik, ZJP 14 (1961), 2 ff.; Matscher, Zuständigkeitsvereinbarungen im österreichischen und im internationalen Zivilprozessrecht, 11, 35, 58 f.; ders., öJBl 1969, 566; Müller, H., Internat. Zust., 181 ff.; Schwimmann, RabelsZ 34 (1970), 202; Walchshöfer, ZJP 1967, 165 ff.

neuer, zwar wissenschaftlich interessanter, praktisch aber nur bedingt tauglicher¹⁰⁾ Grundsätze weiter zu verstärken.

Vielmehr soll anhand einer konkreten, in letzter Zeit mehrfach den Gegenstand von Erörterungen bildenden Frage nachgeprüft werden, ob die von den "progressiven" Kräften angestrebte Erweiterung der internationalen Zuständigkeit in der praktischen Wirklichkeit der Handhabung durch den Richter möglich und auch sinnvoll ist.

Eine derartige Prüfung bedingt zweierlei - einmal müssen die für den konkreten Fall nach der ausländischen Rechtsordnung in Frage kommenden materiellen und formellen Vorschriften durchleuchtet und auf ihren Funktionszusammenhang untersucht sowie den in der deutschen Rechtsordnung herrschenden entsprechenden Grundsätzen gegenübergestellt und mit ihnen verglichen werden.

Zum anderen muß untersucht werden, ob und wie weit fremdartige, dem deutschen Recht unbekannte Rechtsinstitute des fremden Rechts von einem deutschen Richter ohne unzumutbare Belastung verwirklicht werden können, insbesondere im Hinblick darauf, daß die inländischen Verfahrensmittel auf das entsprechende materielle Recht zugeschnitten sind.

Für die Auswahl der Thematik, anhand derer die angedeuteten Untersuchungen vorgenommen werden sollen, war einmal entscheidend, daß eine Fallkonstellation zugrundegelegt werden sollte, die in genügender Häufigkeit die zu einem Tätigwerden der deutschen Gerichte Anlaß bietenden Binnenbeziehungen aufweist. Aufgrund der nachbarlichen Lage Deutschlands und Österreichs

10) Vgl. die Stellungnahme von v. Craushaar, Internat. Anwendbarkeit zu den Lösungsvorschlägen von H. Müller. Der Schuldanspruch bei Ehescheidung durch deutsche Gerichte nach ausländischem Recht, JbIntR, 239 ff., (249 ff.); Niederländer, RabelsZ 20, 39 ff.; Neuhaus, RabelsZ 20, 201 ff., der jeweils bestimmte Unzulänglichkeiten der Einzelvorschläge nachzuweisen vermog (vgl. S. 24 ff.), selber jedoch einen für den Richter nicht weniger schwer gangbaren Weg aufzeichnet (S. 32).

innerhalb des deutschsprachigen Raumes ist eine Fluktuation von Staatsangehörigen beider Nationen leicht und häufig, so daß als natürliche Folge auch in einer entsprechenden Anzahl von Rechtsangelegenheiten kollisionsrechtliche Fragen aus beiden Rechtskreisen zur Klärung anstehen.

Zum anderen sollte die fremde Rechtsordnung ein dem deutschen Recht unbekanntes Rechtsinstitut beinhalten, das ein Tätigwerden des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit erforderlich macht. Die österreichische Rechtsordnung bietet ein solches Rechtsinstitut in Form der zur Erreichung der vollgültigen Erbenstellung notwendigen gerichtlichen Mitwirkungshandlung - der Einantwortung der Verlassenschaft¹¹⁾ durch den Nachlaßrichter.

11) Das ABGB bezeichnet mit dem Ausdruck "Verlassenschaft" synonym mit dem Wort "Nachlaß" den Inbegriff der vererblichen Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, vgl. die Legaldefinition des § 531; Zur Terminologie Klang-Weiss, Vorbem. vor § 531 III; Der Ausdruck "Verlassenschaft" ist allerdings der gebräuchlichere.

Teil 1: Rechtsvergleichung

A. Gesetzgeberische Grundentscheidungen

Die Existenz des dem deutschen Recht unbekannten Rechtsinstitutes der Einantwortung in der österreichischen Rechtsordnung folgt letztlich aus einem unterschiedlichen Ausgangspunkt bei der Regelung des Erbganges. Hierbei bestehen zwei grundsätzliche Möglichkeiten:

I. Einmal können Erbanfall und Erbschaftserwerb¹⁾ so zusammengelegt werden, daß grundsätzlich mit dem Tode des Erblassers der Erbe "automatisch" in die vererbliche Rechtsposition des Verstorbenen eintritt.

Diese Lösung hat den Vorzug, klare rechtliche Verhältnisse zu schaffen, ohne daß dabei Mitwirkungsakte seitens des Erben oder der Gerichte notwendig wären, denn der beim Erbgang stattfindende Rechtssubjektwechsel wird "ipso jure" lückenlos vollzogen. Sie hat den Nachteil, ohne Rücksicht auf den Willen der von dem Erbfall Betroffenen einen vollendeten Rechtsübergang zu bewirken, der in bestimmten Fällen mit Rückwirkung auf den Erbfall beseitigt werden muß, wobei dann (nachträglich) häufig gerichtliche Mitwirkung notwendig wird. Zugunsten der Klarheit der Lösung wird also der Nachteil einer eventuell notwendigen rückwirkenden Beseitigung eines Rechtserwerbs mit seinen mißlichen Konsequenzen in Kauf genommen.

Diese, bereits im älteren deutschen Recht durchgeführte Lösung (die Erbschaft fällt danach dem Blutsverwandten im Augenblick des Todes des Erblassers von selbst an; besonderer, den Erb-

1) Der Begriff "Erbfall" bezeichnet hier die Tatsache der Entstehung eines Erbrechts (vgl. die österreichische Rechtsterminologie, etwa Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II, 2, 366 ff.; Klang-Weiss, § 536 II), wogegen mit dem Begriff "Erbschaftserwerb" die Erlangung der Erblasser-Rechte durch die Erben bezeichnet wird.

schaftserwerb bewirkender Akte bedarf es nicht - es gilt der Grundsatz: Der Tote erbt den Lebendigen "Le mort saisit le vif"²⁾), hat auch in das BGB Eingang gefunden. Das BGB legt in § 1922 BGB den mit dem Tode des Erblassers erfolgenden "Von-Selbst-Erwerb" des Erben bezüglich des Gesamtnachlasses fest und räumt letzterem gemäß § 857 BGB sogar an den Erbschaftsgegenständen Besitz ohne Sachherrschaft³⁾ ein. Der Erbschaftserwerb vollzieht sich also gleichzeitig mit dem Erbanfall und setzt weder Wissen noch Zutun der Erben oder staatlicher Institutionen voraus.

II. Die andere Möglichkeit besteht darin, zwar den Erbanfall grundsätzlich mit dem Tode des Erblassers eintreten zu lassen, den Erbschaftserwerb jedoch ganz oder teilweise hinauszuschieben, bis bestimmte weitere Voraussetzungen (wie etwa bestimmte Erklärungen der Erbanwärter, endgültige Klärung der erbrechtlichen Lage oder wenigstens deren genaue Überprüfung) gegeben sind.

Als Nachteil ergibt sich hier, daß der zwischen Erbanfall und -erwerb liegende Zwischenraum durch eine nicht einfache Regelung der Rechtsinhaberschaft und Rechtsausübungsbefugnisse überbrückt werden muß und außerdem oft langwierige behördliche Verfahren erforderlich werden. Ihr Vorteil liegt darin, eine vorschnelle Festlegung irgendwelcher Rechtspositionen und dadurch bedingte spätere Korrekturen zu vermeiden. Des weiteren bietet sie einen Ansatzpunkt für eine eventuell erwünschte staatliche Kontroll-, Mitwirkungs- und Fürsorgetätigkeit.

Gerade letzterer Gesichtspunkt war ursächlich dafür, daß in Österreich schon früh der endgültige Erbschaftserwerb von der Abhandlung der Verlassenschaft durch staatliche Stellen ab-

2) Vgl. Walker, IPR, 929.

3) Soergel-Siebert-Mühl, § 847 Bem. 1.

hängig gemacht wurde⁴⁾.

Eine Abhängigkeit von einer staatlichen Mitwirkung führte nämlich zu Einkünften der Gerichte aus der einträglichen Verlassenschaftsabhandlung, zu einer erleichterten Durchsetzung fiskalischer Interessen und diente schließlich der Verwirklichung einer vorbeugenden Rechtspflege⁵⁾.

Vor diesem geschichtlichen Hintergrund steht die Regelung des § 797 ABGB, die zunächst die eigenmächtige Inbesitznahme einer Erbschaft verbietet und dann bestimmt, daß das Erbrecht "vor Gericht verhandelt werden muß" und daß von demselben die Einantwortung des Nachlasses, die als "Übergabe in den rechtlichen Besitz" definiert wird, bewirkt werden muß.

Das damit zur Voraussetzung für einen (vollständigen) Erbschaftserwerb gemachte Erfordernis einer gerichtlichen Mitwirkungshandlung, der Einantwortung, entfaltet seine Bedeutung sowohl in materiell- wie in verfahrensrechtlicher Hinsicht:

Einmal wird die Rechtsstellung des Erben in bezug auf den Nachlaß sowie im Verhältnis zum Rechtsverkehr durch Aufstellung eines solchen Mitwirkungserfordernisses beeinflusst, zum anderen ergibt sich dringend die Notwendigkeit einer Regelung der Durchführung des Mitwirkungsaktes, wobei die hierfür erforderlichen Voraussetzungen und Verfahrensvorschriften festgelegt werden müssen.

B. Darstellung und Vergleich der Regelungen im einzelnen

I. Zunächst sollen die verschiedenen Wirkungsweisen des Erbschaftserwerbes mittels Einantwortung und des Von-Selbst-

4) Vgl. Gschnitzer, Erbrecht, 49.

5) Vgl. Walker, IPR, 931.

Erwerbes gegenübergestellt werden.

1. Aus den Vorschriften des ABGB sind die Wirkungen der Einantwortung nur zum Teil eindeutig zu entnehmen.

a) Vor allem die Wirkung der Einantwortung auf die rechtliche Zuordnung des Nachlasses ergibt sich nicht ausdrücklich aus dem ABGB.

Zwar bestimmt § 797 ABGB, daß die Einantwortung die Übergabe in den rechtlichen Besitz des Erben darstellt - damit ist jedoch noch nicht geklärt, welche rechtliche Stellung in bezug auf den Nachlaß dem Erben vor und nach der Einantwortung zukommt. Die Meinungen hierzu sind in der österreichischen Lehre und Rechtsprechung geteilt:

aa) Teilweise wird der Nachlaß bereits vor der Einantwortung als dem Erben gehörig angesehen:

(1) Nach einer - der sog. germanistischen - Auffassung soll sich der Erbschaftserwerb bereits mit dem Erbfall vollziehen, die Einantwortung verschaffe nur den Besitz⁵⁾. Die germanistische Theorie folgt also der Auffassung des alten deutschen Rechts⁷⁾ und findet ihre Stütze in §§ 537, 1278 ABGB, wonach das Erbrecht eines Berufenen vererbt und veräußert werden kann, auch wenn die Erbschaft lediglich angefallen, also weder angenommen noch der Nachlaß eingewantwortet war⁸⁾ (sog. Transmission⁹⁾).

6) Wróblewski, Separatio bonorum und Sicherstellung der Erben-gläubiger: öZBl 1905, 362 (363); Wolff, Grundriß des österreichischen bürgerlichen Rechts, 342 f.; weitere Nachweise bei Ehrenzweig, System II, 2, 361, FN 6.

7) Vgl. Gschnitzer, ErbR, 57.

8) Vgl. Ehrenzweig, System II 2, 361.

9) Näheres zu diesem Rechtsinstitut und der dort gebräuchlichen Terminologie bei Klang-Weiss § 537 II.

(2) Nach anderer - der sog. romanistischen - Meinung knüpft sich der Erbschaftserwerb an die vom österreichischen Recht vorgeschriebene ausdrückliche Erbschaftsannahmeerklärung des Erben (Erbserklärung gemäß §§ 799 ABGB)¹⁰⁾. Diese Lehre folgt insofern dem römischen Recht, das für die "extranei heredes" zum Erbschaftserwerb die Antretung vorschrieb¹¹⁾. Im Gesetz kann sie sich auf § 547 ABGB berufen, wonach der Erbe nach der Annahme der Erbschaft "den Erblasser vorstellt"¹²⁾. Auch nach dieser Konstruktion dient die Einantwortung der Besitzverschaffung.

bb) Von der als herrschend zu bezeichnenden austriazistischen Theorie hingegen wird der Einantwortung weitreichendere Bedeutung zugelegt: Danach soll erst die Einantwortung den Erbschaftserwerb bewirken¹³⁾, d.h. mit ihrer Vornahme werde der Erbe "uno actu"¹⁴⁾ Inhaber sämtlicher vererblicher Rechtspositionen des Erblassers, ohne daß eigene Erwerbsakte für die einzelnen Stücke notwendig wären¹⁵⁾. Der Eigentumserwerb an den Nachlaßgegenständen - das gelte für bewegliche Sachen ebenso wie für Liegenschaften¹⁶⁾ - vollziehe sich hier kraft des gerichtlichen Aktes der Einantwortung.

10) v. Anders, Grundriß des Erbrechts, 5, 43; v. Chorinsky, Das Notariat und die Verlassenschaftsabhandlung in Österreich, 164 f.; Fedynskyj, Rechtstatsachen auf dem Gebiet des Erbrechts im Gerichtsbezirk Innsbruck, 61; Pfaff und Hofmann, Commentar zum österreichischen ABGB II, 47; Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge nach römischem und österreichischem Recht II, 118 ff.; Touaillon, Von der Erbserklärung zum Erbschaftsstreite, ÖZBl 1912, 100 (104); Unger, Das österreichische Erbrecht, 146.

11) Vgl. Gschnitzer, ErbR, 58.

12) Gschnitzer, a.a.O.

13) Bajons, Der Erbschaftserwerb bei geringfügigen Nachlässen: ÖJBl 1970, 169; Ehrenzweig, System II, 2, 361 f.; Gschnitzer, ErbR, 57 f.; Klang-Weiss, § 547 III, 3; v. Randa, Erwerb der Erbschaft nach österreichischem Recht auf Grundlage des gemeinen Rechts; OGH 25.3.1930 SZ XII 70; 5.1.1938 öRIz 1938, 82; 21.3.1956 EvBl 1956 Nr. 167; 21.11.1962 EvBl 1963 Nr. 103.

14) Gschnitzer, ErbR, 57.

15) Bajons, ÖJBl 1970, 169 (174, FN 26).

16) Von der besonderen Lage bzgl. des Erwerbs von Liegenschaften ist im folgenden noch näher die Rede.

Bis zur Vornahme dieses Aktes besteht nach dieser Meinung ein ruhender Nachlaß (hereditas iacens)¹⁷⁾, der zum Teil als juristische Person¹⁸⁾, als Rechtssubjekt ohne den Charakter einer juristischen Person¹⁹⁾ oder als herrenloses, dem Erben verfallenes Gut²⁰⁾ angesehen wird.

Grundlage für diese Auffassung bildet die Vorschrift des § 797 ABGB i.V.m. §§ 380, 425, 308 ABGB. Nach §§ 380, 425 ABGB setzt dinglicher Erwerb einen Titel sowie die Übergabe des Gegenstandes in den rechtlichen Besitz voraus. Nach § 308 ABGB gehört das Erbrecht zu den dinglichen Sachenrechten²¹⁾. Ein Erbschaftserwerb hat sich also nach den für den dinglichen Erwerb geltenden Vorschriften zu richten. Den Titel für den Erbschaftserwerb bildet bei gewillkürter Erbfolge die Verfügung auf den Todesfall, bei gesetzlicher Erbfolge die Anordnung des Gesetzes (vgl. § 424 ABGB).

Die Übergabe in den rechtlichen Besitz kann gemäß § 797 ABGB, der jede eigenmächtige Inbesitznahme verbietet, nur durch die Einantwortung erfolgen. Demzufolge liegen erst mit Einantwortung sämtliche Voraussetzungen für den Erbschaftserwerb vor, ein Eigentumserwerb kommt - ebenso wie sonstiger Rechtserwerb - erst zu diesem Zeitpunkt infrage.

Fraglich bleibt allerdings, ob das Eigentum an sämtlichen Nachlaßgegenständen mit der Einantwortung übergeht. Für Liegenschaften ergeben sich hier Bedenken aus den Vorschriften der

17) Ehrenzweig, System II, 2, 363 f.

18) So z. B. Ehrenzweig, System II, 2, 364; Unger, ErbR, 37 f.

19) So Klang-Weiss, § 547 II.

20) Vgl. Gschnitzer, ErbR, 58; Verfallenes Gut deshalb weil der Erbe unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit hat, Rechtsinhaber dieses Gutes zu werden.

21) Diese Einordnung unter die Sachenrechte wird allgemein als falsch erkannt, da das Erbrecht kein Recht "an" der sondern "auf" die Verlassenschaft sei. Richtig sei eine Bezeichnung als absolutes Recht. Die theoretisch unrichtige Einordnung des Erbrechts unter die Sachenrechte ändere jedoch nichts an den systematischen Konsequenzen, die das ABGB daraus gezogen habe (vgl. Gschnitzer, ErbR, 49).

§§ 819 S. 2, 436 ABGB, wonach zum Eigentumserwerb an unbeweglichen Sachen und Bauwerken jeweils besondere Erwerbsakte, nämlich Grundbucheintragungen, vorgeschrieben sind. Diese gegen einen einheitlichen Rechtserwerb sprechenden Vorschriften werden jedoch damit erklärt, daß von den Redaktoren des ABGB die Konzeption der uno acto erfolgenden Gesamtrechtsnachfolge noch nicht klar erfaßt und durchgeführt wurde²²⁾. Es ist daher anerkannt, daß sich auch der Eigentumserwerb an Liegenschaften - außerhalb des Grundbuches - durch Einantwortung vollzieht²³⁾.

Nach der herrschenden Meinung hört demnach mit der Einantwortung der ruhende Nachlaß in seiner Gesamtheit zu bestehen auf - der Erbe wird rechtlich Inhaber sämtlicher Nachlaßgegenstände.

Das gilt allerdings nur bei Einantwortung an den wahren Erben²⁴⁾ - die Einantwortung kann naturgemäß kein Erbrecht schaffen²⁵⁾. Ein in Wahrheit nicht Erbberechtigter, dem eingewortet wird, erhält kein Eigentum.

Die Einantwortung stellt also einen rechtsgestaltenden Akt des Verlassenschaftsgerichts dar, der die endgültige rechtliche Zuordnung des Nachlasses bewirkt²⁶⁾.

b) Die Wirkungen der Einantwortung beschränken sich nun aber nicht auf die Rechtsbeziehungen des Erben zum Nachlaß, sondern äußern sich auch vielfach Dritten gegenüber. Die Wirkungen im Rechtsverkehr ergeben sich teilweise als notwendige Folge der dargestellten rechtsgestaltenden Wirkung der Einantwortung; daneben sind an die Einantwortung aber auch von die-

22) Bajons, öJBl 1970, 169 (174, FN 26).

23) Bajons, a.a.O.; Ehrenzweig, System II, 2, 503; Gschnitzer, ErbR, 57; Klang-Weiss, § 532 A 2 (S. 53) sowie die in FN 13 zitierte Rechtsprechung.

24) OGH 13.4.1932 öJBl 1932, 427.

25) Ott, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens, 262.

26) Gschnitzer, ErbR, 57.

ser Rechtsgestaltung unabhängige Rechtsfolgen geknüpft.

aa) Als notwendige Folge der Vermischung der Erbschaft mit dem Vermögen des Erben ergibt sich nach der Einantwortung eine starke Gefährdung der Interessen der Nachlaßgläubiger. Einmal kann der Erbe selbst durch Veräußerung etc. das Nachlaßvermögen dem Zugriff der Nachlaßgläubiger entziehen. Zum anderen entsteht für die Erbengläubiger die Möglichkeit des Zugriffs auf die Nachlaßmasse. Vor der Einantwortung besteht diese Zugriffsmöglichkeit nur ausnahmsweise gemäß § 822 ABGB bezüglich einzelner Nachlaßgegenstände, die dem Erben etwa gemäß § 145 II AußStrG vom Nachlaßgericht zur freien Verfügung überlassen worden sind.

(¹) Nicht zuletzt um diese mit der Einantwortung entstehende Gefährdung der Interessen der Nachlaßgläubiger auszugleichen, sind an die Einantwortung weitgehende Folgen für die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten geknüpft:

(a) Zwar ist für die Ausgestaltung der Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten im einzelnen gemäß §§ 801, 802 ABGB vor allem maßgeblich, in welcher Form er sich erbserklärt hat - d.h. ob er die Erbschaft unbedingt oder nur bedingt d.h. mit dem Vorbehalt der Inventarerrichtung, angenommen hat. Hinzu kommen noch einige weitere haftungserweiternde oder -begrenzende Tatbestände²⁷⁾.

(b) Die von derartigen Umständen abhängige schwächere oder stärkere Haftung des Erben setzt jedoch immer voraus, daß der Erbe selbst und nicht lediglich der Nachlaß haftet. Solange der ruhende Nachlaß noch sein "Eigenleben" führt, bleibt er ein dem Erben fremdes Vermögen, selbst wenn dem Erben etwa die Verwaltung und Nutznießung überlassen ist²⁸⁾.

27) Vgl. § 812 ABGB (Absonderung der Verlassenschaft) sowie §§ 813 ff. ABGB (Gläubigereinberufung).

28) Klang-Weiss, §§ 801, 802 Vorbem. 4.

Bis zur Rechtskraft der Einantwortung kann demzufolge der Erbe die Nachlaßgläubiger darauf verweisen, Befriedigung nur aus den den Nachlaß bildenden Gegenständen zu suchen²⁹⁾ - lediglich der Nachlaß haftet den Nachlaßgläubigern. Erst nach der Einantwortung kommt eine Haftung des Erben in Betracht, und zwar nicht bloß mit der Erbschaft (cum viribus hereditatis), sondern mit seinem Gesamtvermögen (wozu nun auch die Erbschaft zählt).

Die Einantwortung wirkt somit - als Folge des Rechtserwerbs des Erben - für diesen haftungsbegründend.

(2) Da mit der Einantwortung Nachlaß und Erbenvermögen zu einer nachträglich schwer zu trennenden Einheit verschmelzen, sollen vor diesem Zeitpunkt nach Willen des österreichischen Gesetzgebers auch bereits Art und Umfang der Haftung des Erben nach Erbschaftserwerb geklärt und festgelegt werden. Art und Umfang der Haftung des Erben (entweder unbeschränkt in voller Höhe seines Gesamtvermögens oder beschränkt in Höhe der Erbschaft - pro viribus hereditatis -³⁰⁾) hängen, wie bereits angedeutet, von der Form einer Erbserklärung (§§ 801, 802 ABGB) sowie vom Eingreifen bestimmter haftungsändernder Normen (Gläubigereinberufung etc.³¹⁾) ab. Diese Möglichkeiten, Haftungsbeschränkungen herbeizuführen, haben im Hinblick auf die mit der Einantwortung stattfindende Vermögensverschmelzung die Gemeinsamkeit, daß alle dazu erforderlichen Akte (Erklärungen, Anträge etc.) vor der Einantwortung vorgenommen werden müssen. Das Gleiche gilt für die Eröffnung des Nachlaßkonkurses (§§ 71, 98 öKO) und des Nachlaßausgleichs (§§ 1, 37, 66 Ausglo). Die Einantwortung stellt damit den Endtermin für eine mögliche Einflußnahme auf Art und Umfang der Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten dar.

(3) Auch die Haftungsregelung für Erbengemeinschaften äußert ihre Wirkungen erst nach der Einantwortung (§§ 820,

29) Klang-Weiss, § 548 II 1.

30) Ehrenzweig, System II, 2, 523

31) Vgl. FN 27.

821 ABGB). Zwar hängt auch hier die Ausgestaltung der Haftung - und dabei insbesondere die Frage, ob die Erben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile oder solidarisch haften - wiederum von den Erbserklärungen ab - haftungsbegründender Tatbestand ist jedoch auch bei Erbengemeinschaften die Einantwortung.

(bb) Insbesondere im Hinblick auf den amtlichen Charakter der Einantwortung³²⁾ kommen dieser im Rechtsverkehr noch weitere entscheidende Wirkungen zu, und zwar sowohl in materiell- wie in verfahrensrechtlicher Hinsicht:

(1) Zugunsten des Erben, dem rechtskräftig eingewantwortet ist, hat die Einantwortung bis zu ihrer Entkräftung durch gerichtliches Verfahren eine weitgehende Legitimations- und Rechtsscheinwirkung³³⁾.

(a) Zunächst knüpfen sich an die Einantwortung die Vermutungen der Erbschaft und der Rechtmäßigkeit des Erbschaftsbesitzes³⁴⁾. Der Erbschaftsbesitzer, dem eingewantwortet ist, kann für sich anführen, er habe seinen Erbrechtsnachweis ordnungsgemäß schon vor der Einantwortung erbracht und ist demzufolge von der Beweislast hinsichtlich des Berufungsgrundes frei³⁵⁾.

(b) Zum anderen wird gemäß § 824 S. 2 ABGB der redliche Erwerb vom Scheinerben geschützt, solange nicht rechtskräftig das Erbrecht eines anderen Erbansprechers³⁶⁾ festgestellt ist. (Das gleiche gilt allerdings grundsätzlich nur für rechtsgeschäftlichen Erwerb³⁷⁾).

Unerheblich ist, ob der Erwerb entgeltlich oder unentgeltlich

32) Vgl. Klang-Weiss, § 819 IV c.

33) Gschnitzer, ErbR, 99.

34) Mit unterschiedlichen Formulierungen, jedoch der Sache nach übereinstimmend Klang-Weiss, § 819 IV c; Ehrenzweig, System II, 2, 504.

35) Ehrenzweig, a.a.O.

36) Erbansprecher wird jeder genannt, der ein Erbrecht für sich geltend macht.

37) Gschnitzer, a.a.O.; Klang-Weiss, §§ 823, 824 VIII, 1.

war³⁸⁾.

Ebenso haben Erbschaftsgläubiger und -schuldner in dem dermaßen legitimierten Erben ihren Schuldner bzw. Gläubiger zu sehen. Nur er ist zur Leistung verpflichtet und zur Leistungsnahme berechtigt. Erbschaftsschuldner, die im guten Glauben an den Scheinerben zahlen, werden analog § 824 S. 2 ABGB geschützt und von ihrer Verpflichtung frei³⁹⁾.

Dieser "öffentliche Glaube" der Einantwortung gilt jedoch nur für redliche Dritte (vgl. § 824 S. HS ABGB), d.h. für denjenigen, der nicht weiß, daß der Erwerb oder die Leistung dem wahren Erben zum Schaden gereicht⁴⁰⁾.

(2) Verfahrensrechtlich erlangt der Erbe durch die Einantwortung eine nur schwer zu erschütternde Stellung.

(a) Die Einantwortung hat Komsumtionswirkung insofern, als über den gleichen Nachlaß niemals mehr eine zweite Verlassenschaftsabhandlung eingeleitet werden darf⁴¹⁾, die etwa zu einer neuerlichen Einantwortung führen könnte. Das gilt selbst dann, wenn nachträglich Vermögensstücke aufgefunden werden, von denen bei Einantwortung keinerlei Kenntnis bestand (§ 179 I S. 2 AußStrG). Auch auf diese erstreckt sich die Einantwortung, da sie den Nachlaß als Ganzes erfaßt, nicht nur die der Abhandlung unterzogenen Gegenstände⁴²⁾.

(b) Mit der Einantwortung hat das Abhandlungsgericht (Nachlaßgericht) das Abhandlungsverfahren als geschlossen zu erklären. Daraus ergibt sich eine Präklusivwirkung dahingehend, daß sämtliche dem Abhandlungsverfahren angehörigen Verfahrens-

38) Ehrenzweig, System II, 2, 617.

39) Gschnitzer, ErbR, 99.

40) Ehrenzweig, System II, 2, 618.

41) Klang-Weiss, § 819 IV a.

42) Fetter-Edlbacher, § 179 Bem. 2; Hellwich-Preisseecker, § 174, Bem. 11; OGH 5.11.1912 GlUNF 6125; OGH 5.6.1929, 8Nötz 29, 240.

vorgänge nicht länger beantragt und vorgenommen werden können⁴³⁾;

(aa) Diese Präklusivwirkung ergibt demnach die verfahrensrechtliche Begründung dafür, daß die bereits oben erwähnten Möglichkeiten der Einflußnahme auf die Haftungsmodalitäten mit der Einantwortung entfallen, denn alle die dazu notwendigen Anträge und Erklärungen gehören zum Abhandlungsverfahren.

(bb) Für Erbensprecher, die von der Einantwortung nicht erfaßt werden, hat die Präklusivwirkung die weitere Folge, daß das Abhandlungsgericht von ihnen keine Erbserklärung mehr entgegennimmt⁴⁴⁾. Daraus ergibt sich eine bedeutsame verfahrensrechtliche Konsequenz: Vor der Einantwortung haben die Abhandlungsgerichte auch sich widersprechende Erbserklärungen verschiedener Erbensprecher anzunehmen, sodann unter den Kontrahenten den erbrechtlich schwächer Titulierten⁴⁵⁾ festzustellen und diesem aufzugeben, vor dem ordentlichen Gericht die Erbrechtsklage (Klage auf Feststellung des Erbrechts⁴⁶⁾) zu erheben (§ 125 ff. AußStrG.). Damit entscheidet bereits das Abhandlungsgericht, welcher Partei die ungünstigere Klägerrolle im Erbrechtsstreit zukommen soll.

Nach der Einantwortung hingegen sind Erbserklärungen und namentlich einander widersprechende nicht mehr möglich, so daß auch keine Verteilung der Parteirollen mehr stattfinden kann⁴⁷⁾.

Der nach der Einantwortung auftretende Erbensprecher muß vielmehr die bis dahin nicht mögliche Erbschaftsklage (Leistungs-

43) Vgl. Klang-Weiss, § 819 IV b.

44) Klang-Weiss, a.a.O.

45) Stärker tituliert ist z. B. der vertragliche Erbe gegenüber dem Testamentserben, letzterer wiederum gegenüber dem gesetzlichen Erben; vgl. Gschnitzer, ErbR, 55; Fetter-Edlbacher, § 126, Bem. 14.

46) Gschnitzer, ErbR, 96; Klang-Weiß, §§ 823, 824 I, 1.

47) Klang-Weiß, § 819 IV b.

klage auf Herausgabe des Nachlasses oder eines Bruchteils davon⁴⁸⁾ erheben. Seine Stellung im Erbschaftsstreite ist im Vergleich zum Erbrechtsstreite, vor allem im Hinblick auf die Beweisposition, erheblich ungünstiger, da sein Gegner dank der Einantwortung die Vermutung des Erbrechts für sich hat⁴⁹⁾. Im Erbschaftsstreit muß z. B. der klagende Erbensprecher, der sich auf die Nichtigkeit oder Unechtheit eines Testamentes beruft, nicht nur den Beweis für sein eigenes Erbrecht erbringen, sondern auch noch die Unechtheit etc. nachweisen. Hingegen müssen vor der Einantwortung sowohl Kläger als auch Beklagter die bestrittene Echtheit eines Testaments nachweisen⁵⁰⁾.

Damit ergibt sich, daß die Einantwortung schließlich eine umfangreiche, den Gang der mit dem Erbfall zusammenhängenden Verfahren beeinflussende Wirkung hat.

(3) Die aufgezeigten Wirkungen der Einantwortung äußern sich erst mit ihrer Rechtskraft.

(a) Formelle Rechtskraft erlangt die Einantwortung mit Rechtsmittelverzicht oder -fristablauf (§ 11 AußStrG).

(b) Da nach österreichischer Meinung den Beschlüssen im außerstreitigen Verfahren materielle Rechtskraft zukommt⁵¹⁾, gilt dies grundsätzlich auch für die Einantwortung.

Nur in Fällen, in welchen durch die Verfügung die Rechte Dritter, die bei der Verhandlung ohne ihr Verschulden nicht beteiligt wurden, unmittelbar berührt werden, kann gemäß § 18 II AußStrG eine weitere Erörterung im Rechtswege stattfinden. Im Nachlaßverfahren geschieht dies mittels Erhebung der oben be-

48) Gschnitzer, ErbR, 96; Klang-Weiss, §§ 823, 824 I, 1.

49) Ehrenzweig, System II, 2, 616.

50) Ehrenzweig, System II, 2, 504 u. 616 FN 17.

51) Ott, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens, 260; Fetter-Edlbacher, § 118 Bem. 15 c.

schriebenen Erbschaftsklage. Insofern ist also eine Einflußnahme auf die Wirkungen der Einantwortung möglich.

2) Angesichts der Systemverschiedenheit des Erbganges nach österreichischem und deutschem Recht - einerseits "hereditas jacens", andererseits "Von-Selbst-Erwerb" - weist naturgemäß das deutsche Erbrecht kein Rechtsinstitut auf, das die gleichen Funktionen wie die Einantwortung erfüllt.

3) Untersuchenswert erscheint daher, mit welchen Mitteln im einzelnen das deutsche Erbrecht die Wirkungen erzeugt, die sich in Österreich an die Einantwortung knüpfen, bzw. ob gleichartige Wirkungen überhaupt notwendig oder erstrebt sind.

a) Da sich die primäre rechtsgestaltende Wirkung der Einantwortung - die Einverleibung des Nachlasses in das Erbenvermögen - nach deutschem Recht gemäß § 1922 BGB mit dem Tode des Erblassers von selbst vollzieht, ist kein besonderes Institut notwendig, um diese Wirkungen zu erzielen.

b) Die Haftungsbegründung für den deutschen Erben findet - als Konsequenz des sofortigen Nachlaßerwerbs - ebenfalls mit dem Erbfall statt (§ 1967 BGB). Die haftungsrechtliche Ausgangslage des deutschen Erben entspricht also bereits weitgehend der Position, in die der österreichische Erbe erst mit der Einantwortung gelangt.

aa) Sucht man im deutschen Recht nach einer Entsprechung für die vor der Einantwortung für österreichische Erben bestehende vermögens- und haftungsrechtliche Position, so ergibt sich:

(1) Wenn das Interesse des Erben und der Gläubiger eine Trennung der Vermögensmassen erfordert, gibt das deutsche Recht die Möglichkeit, den Zustand der Vermögensspaltung, wie er in Österreich anfänglich nach dem Erbfall besteht, nachträglich, allerdings mit Rückwirkung auf den Erbfall, herbeizuführen.

Das geschieht durch Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs (§ 1975 BGB) sowie durch das Nachlaßvergleichsverfahren⁵²⁾ (§ 113 VerglO). Das deutsche Recht geht also in umgekehrter Reihenfolge wie das österreichische Recht vor - zunächst Vermögensvermengung, danach mögliche Vermögenssonderung.

Die formale Rechtsposition der Erben bei Vermögenssonderung ist insofern unterschiedlich, als der Erbe nach deutschem Recht auch nach Eröffnung der genannten Verfahren Träger des Nachlasses bleibt⁵³⁾, wohingegen der österreichische Erbe vor der Einantwortung nicht Inhaber der Nachlaßrechte ist.

In der praktischen Ausgestaltung ist die Rechtsposition des deutschen Erben jedoch - zumindest bei Nachlaßkonkurs und -verwaltung⁵⁴⁾ - weitgehend mit der des österreichischen Erben vor der Einantwortung vergleichbar - nach beiden Rechtsordnungen fehlt beiden zumindest die Verfügungsbefugnis über die Nachlaßgegenstände, und auch die Verwaltungsbefugnis steht ihnen grundsätzlich nicht zu⁵⁵⁾.

(2) Nach erfolgter Vermögensspaltung ergibt sich auch eine vergleichbare Haftungslage: Wie vor der Einantwortung bildet bei Nachlaßkonkurs, -verwaltung und -vergleich nur der Nachlaß das Zugriffsobjekt für die Nachlaßgläubiger - den Erbengläubigern andererseits ist der Zugriff auf den Nachlaß

52) Vermögenssonderung beim Nachlaßvergleich wird von der h. M. angenommen; vgl. Brox, ErbR, RNr. 837; a. A. Lange, ErbR, 666 FN 2.

53) Brox, ErbR, RNr. 819.

54) Die Feststellung trifft im deutschen Recht nicht zu für den oben aufgeführten Fall des Nachlaßvergleichs, wo dem Erben grundsätzlich Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis überlassen bleiben (§§ 39 f. VerglO); vgl. Brox, ErbR, RNr. 837.

55) Für das österreichische Recht gelten Ausnahmen von dem Gesamten insofern, als dem Erben, der sein Erbrecht genügend nachgewiesen hat, auch bereits vor der Einantwortung Verwaltungsbefugnis eingeräumt werden muß, in bestimmten Fällen sogar auch die Verfügungsbefugnis über Rechte und bewegliche Sachen, vgl. § 145 AuBStrG.

verwehrt.

(3) Dabei besteht jedoch der grundlegende Unterschied, daß im österreichischen Recht die Vermögenssonderung und die darauf aufbauende Haftungsregelung vor der Einantwortung "von selbst" besteht, während nach deutschem Recht immer ein zusätzlicher Willensakt eines der Betroffenen notwendig ist.

(bb) Die grundsätzliche Ähnlichkeit der haftungsrechtlichen Position des deutschen Erben mit der des österreichischen Erben nach der Einantwortung ist in einigen Punkten eingeschränkt:

(1) Ein grundlegender Unterschied liegt einmal in folgendem: Die Existenz zweier Vermögensmassen ist vom ABGB von vornherein nur für einen beschränkten Zeitraum - nämlich bis zur Einantwortung - vorgesehen (abgesehen von dem Fall, daß ein Gläubiger mittels Absonderung des Nachlasses vom Erbenvermögen gemäß §§ 812 ABGB eine Fortdauer der Vermögenssonderung über die Einantwortung hinaus bis zu seiner Befriedigung bewirkt). Hingegen ist im deutschen Recht die Vermögenssonderung mittels Einleitung der genannten Verfahren nicht von einem bestimmten Zeitpunkt an grundsätzlich ausgeschlossen, sondern nur in bestimmten, speziell normierten Einzelfällen⁵⁶⁾.

Die von einer Nachlaßsonderung Begünstigten müssen daher nach österreichischem Recht die sich ihnen bietende Lage innerhalb eines bestimmten Zeitraumes genutzt haben, während nach deutschem Recht für die Herbeiführung der günstigeren Lage ein weiterer Spielraum besteht.

Die praktische Bedeutung dieses Unterschiedes ist allerdings weniger stark, da auch im deutschen Recht eine spät herbeige-

56) Ausgeschlossen sind z. B. Anträge auf Nachlaßverwaltung und -vergleich für den Erben nach Eintritt der unbeschränkten Haftung (§ 2013 I, 1, 2. HS BGB, § 113 Nr. 3 VerglO). Nachlaßgläubiger z. B. können die Nachlaßverwaltung nach der Erbschaftsannahme nur 2 Jahre lang beantragen, § 1981 II, 2 BGB.

fürhte Vermögenssonderung selten noch zu dem angestrebten Erfolg führen wird⁵⁷⁾. Interessenten werden also die alsbaldige Herbeiführung der Vermögenssonderung nach dem Erbfall anstreben.

(2) Mit der Frage, welche Vermögensmasse haftet, eng verknüpft ist die Frage nach der Höhe der einmal festgelegten Eigenhaftung des Erben.

Auch hier besteht zwischen österreichischen und deutschen Erben wieder der Unterschied, daß der Haftungsumfang für den österreichischen Erben ab Einantwortung wegen des damit verbundenen Ausschlusses weiterer dem Nachlaßverfahren zugehöriger Verfahrensvorgänge unabänderlich festliegt, während für den deutschen Erben nach dem Erbfall ein Schwebezustand von nicht von vornherein absehbarer Dauer besteht, der immer noch die Möglichkeit einer(auf den Erbfall zurückwirkenden) Änderung seines Haftungsumfanges in sich birgt.

c) Eine mit der Einantwortung vergleichbare Wirkung hat nach §§ 2353 ff. BGB der deutschrechtliche Erbschein insoweit, als er rechtsscheinsbegründend und legitimierend wirkt.

aa) Die Vermutungswirkung des Erbscheins im Rechtsverkehr in bezug auf das Erbrecht des Ausgewiesenen gemäß § 2365 BGB ist grundsätzlich die gleiche wie die der Einantwortung im österreichischen Recht. Das gilt in Verbindung mit § 857 BGB auch für die Rechtmäßigkeit des Erbschaftsbesitzes⁵⁸⁾.

Umstritten im deutschen Recht ist allerdings, ob gerade in dem bedeutsamen Fall des Streites zwischen mehreren Erbanwärtern die Vermutung bezüglich des Erbrechts zugunsten des Erbscheininhabers durchgreift⁵⁹⁾. Mit überzeugender Begründung wird dem Erbscheinsinhaber in der Beklagtenrolle aber die oben⁶⁰⁾ für

57) Z. B. wird die Nachlaßmasse bei später Antragsstellung oft so weit verringert sein, daß die Eröffnung eines der genannten Verfahren gem. §§ 1983 BGB, 107 KO oder § 17 Nr. 6 VerglO mangels Masse abzulehnen ist.

58) Vgl. Brox, ErbR, RNr. 750.

59) Vgl. im einzelnen Lange, ErbR, § 41 VII 2 d mwN.

60) Vgl. oben S. 16

das österreichische Recht dargestellte günstige Beweisposition eingeräumt⁶¹⁾.

bb) Der öffentliche Glaube des Erbscheins gilt, ebenso wie der der Einantwortung, zugunsten derjenigen Erwerber von Nachlaßgegenständen und an den Scheinerben leistenden Schuldner, denen die Unrichtigkeit des Erbscheins nicht positiv bekannt ist (§§ 2366, 2367 BGB).

cc) Diese beiden Institutionen gleichermaßen zukommenden Wirkungen sind in ihrer Intensität allerdings praktisch deswegen unterschiedlich, als die Vermutungen und der öffentliche Glaube des Erbscheins entschieden leichter eingeräumt werden können als die der Einantwortung. Das beruht auf der besseren Möglichkeit, den Erbschein zu entkräften. Notwendig ist dazu nicht - wie bei der Beseitigung der beschränkt in materielle Rechtskraft erwachsenden Einantwortung - Klageerhebung vor dem ordentlichen Gericht sowie Beweis der Unrichtigkeit, sondern es genügt schon eine Anregung beim Nachlaßgericht, das im amtswegigen Verfahren bereits dann den Erbschein einzuziehen hat, wenn die gemäß § 2359 BGB für die Erteilung des Erbscheins notwendige Überzeugung erschüttert ist⁶²⁾.

d) Die oben aufgezeigten Wirkungen der Einantwortung auf den Gang des Erbschaftsverfahrens und die daraus für die Beteiligten resultierenden Folgen finden wegen der Systemverschiedenheit des Erbanges im deutschen Recht keine Entsprechung.

II. Die in Deutschland und Österreich unterschiedliche gesetzgeberische Grundentscheidung, den Erbschaftserwerb von staatlicher Mitwirkung abhängig zu machen oder nicht, führt notwendigerweise auch zu unterschiedlichen Regelungen des mit dem Erbgang verbundenen Verfahrens. Die Gestaltung des Verfahrens

61) Lange, ErbR, § 41 VII 2 d.

62) BGH NJW 1963, 1972.

hängt aber daneben noch von einer Reihe anderer Faktoren ab, so z. B. von den gegebenen Prinzipien des Gerichtsaufbaus und der -organisation, aber auch von der Entscheidung, ob der Parteiinitiative weitgehend Spielraum gelassen werden soll oder ob eine strenge Amtswegigkeit des Verfahrensablaufs aus obrigkeitlichen und rechtsfürsorgerischen Gesichtspunkten vorgezogen wird.

Aufbauend auf derartigen Grundentscheidungen bildet das beim Erbgang abzuwickelnde Verfahren nach der jeweiligen Rechtsordnung ein in sich geschlossenes System, so daß isolierte Betrachtungsweisen und Vergleiche einzelner Verfahrensakte leicht zu einem falschen Bild führen können.

Aus diesem Grund soll hier der regelmäßige Ablauf des erbrechtlichen Verfahrens nach beiden Rechtsordnungen gegenübergestellt werden.

1) Im regelmäßigen Verlauf eines Erbverfahrens wird der deutsche Nachlaßrichter nur selten und in sehr beschränktem Maße von Amts wegen tätig.

a) Ein Tätigwerden des Nachlaßrichters setzt zunächst eine Kenntnis vom Todesfall voraus. Diese wird regelmäßig durch Anzeige des Standesbeamten vermittelt⁶³⁾. Es fehlt allerdings eine bundeseinheitliche Regelung, die dessen Verpflichtung zur Anzeige festlegt. Landesrechtliche Vorschriften greifen hier ergänzend ein⁶⁴⁾. Zum Teil wird dort in bestimmten Fällen den Ortspolizeibehörden diese Aufgabe zugewiesen⁶⁵⁾.

b) Nach Kenntniserlangung vom Todesfall erfolgt ein anschließendes Vorgehen des Nachlaßrichters nicht ohne weiteres, sondern nur bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen:

63) Firsching, Nachlaßrecht, 100.

64) Firsching, a.a.O.

65) Vgl. Art. 19 PrFGG.

aa) Ein von der Art der Erbfolge (gesetzlich oder gewillkürt) unabhängiges amtswegiges Eingreifen sieht das BGB in den Fällen vor, die eine amtliche Nachlaßsicherung notwendig machen (§ 1960 I BGB, Nachlaßpflegschaft). Daraus ergibt sich dann eine Pflicht zur Erbenermittlung⁶⁶⁾. Eine gleiche Pflicht besteht, wenn ein Heimfall des Nachlasses an den Fiskus infrage steht (§ 1964 BGB). Etwas anderes gilt allerdings für Bayern, wo gemäß Art. 3 NachlG, § 42 III NachlO eine amtswegige Erbenermittlung stets zu erfolgen hat, gleichgültig, ob gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge eines oder mehrerer Erben infrage kommt. Ähnliches gilt teilweise für Württemberg⁶⁷⁾.

bb) Bei gewillkürter Erbfolge besteht die Verpflichtung des Nachlaßgerichtes, jede, gleichwie geartete⁶⁸⁾ Verfügung von Todes wegen von Amts wegen zu eröffnen (§§ 2260, 2300 BGB). Den Parteien ist keine Einflußnahme auf diesen Verfahrensakt gestattet: Die Erben trifft die Pflicht, nicht in amtlicher Verwahrung befindliche Verfügungen unverzüglich abzuliefern (§ 2259 BGB); weder der Erblasser noch die Erben können die Eröffnung verhindern noch darauf verzichten⁶⁹⁾.

c) Im übrigen müssen die Akte des Nachlaßverfahrens immer von den Betroffenen in Gang gesetzt werden:

aa) Die Mitwirkung des Nachlaßgerichtes bei Erbschaftsannahme oder -ausschlagung beschränkt sich auf eine Entgegennahme der hierfür erforderlichen Erklärungen. Dazu kann noch die Unterstützung bei der formell und inhaltlich richtigen Abgabe der Erklärungen und deren Bestätigung kommen⁷⁰⁾. Eine

66) Firsching, NachlR, 137.

67) Vgl. § 29 württ. NachlVO; ausführlicher Firsching, NachlR, 142 f.

68) Staudinger-Firsching, § 2260 Bem. 9 f.

69) Vgl. § 2263 BGB; Firsching, NachlR, 149.

70) Firsching, NachlR, 180 u. 183.

Aufforderung an die Erben, sich zum Erbfall zu erklären, ergeht nicht - sie erübrigt sich auch, weil gemäß § 1943 BGB nach Ablauf der Ausschlagungsfrist die Erbschaft als angenommen gilt.

bb) Die Erteilung des Erbscheins - eine der Hauptaufgaben des Nachlaßgerichtes - erfordert stets einen Antrag des Antragstellers. Der Beantragende hat dabei grundsätzlich alles in seiner Kraft Stehende zu tun, um sein behauptetes Erbrecht, so wie er es im Erbschein bezeugt haben will, nachzuweisen⁷¹⁾. Da der Erbschein (in der Regel)⁷²⁾ die Gesamtrechtsnachfolge des Erben, die Größe des Erbteils sowie das Bestehen oder Nichtbestehen einer Beschränkung des Erben bezeugt, muß der Antragsteller gemäß §§ 2354, 2356 BGB die Grundlagen für dieses Zeugnis, also Tod des Erblassers, Berufungsgrund, weitere erbberechtigte und sein Erbrecht beeinträchtigende Personen, das Vorliegen von Verfügungen von Todes wegen usw. selbst angeben und auch nachweisen.

Diese Pflicht geht nun nicht so weit, daß für den Antragsteller eine formelle Beweislast wie im Zivilprozeß bestände - ihn trifft aber eine objektive (materielle) Feststellungslast⁷³⁾.

Da das Nachlaßgericht die Anforderungen an die Beweisführung des Antragstellers nicht überspannen darf und - notwendigenfalls - von Amts wegen eigene Ermittlungen und Beweise zu erheben hat (§ 2358 BGB), um die zur Erteilung des Erbscheins notwendige richterliche Überzeugung zu begründen, ist die Position des Antragstellers insofern verbessert.

Die Ingangsetzung des Erbscheinsverfahrens ist also vollständig von der Parteiinitiative abhängig, sein Ergebnis wird so-

71) Firsching, NachlR, 198.

72) Ausnahmen können sich bei einem sog. Fremdrechterschein gem. § 2369 BGB ergeben, der eine Erbfolge nach ausländischem Recht bezeugt.

73) Vgl. KG JR 1963, 100; Firsching, NachlR, 200.

wohl vom Vorbringen des Antragstellers als auch von amtswegigen Ermittlungen des Nachlaßrichters beeinflusst.

cc) Der sonstige Tätigkeitsbereich des Nachlaßgerichtes bei der Abwicklung eines Erbfalles - zu nennen sind hier die hauptsächlich mit der Ermittlung und Befriedigung der Nachlaßverbindlichkeiten zusammenhängenden Maßnahmen wie Gläubigeraufgebot, Inventarerrichtung, Offenbarungseid, Nachlaßverwaltung, -konkurs und -vergleich sowie die Mitwirkung bei der Nachlaßauseinandersetzung - wird grundsätzlich nur auf Veranlassung der Betroffenen eröffnet. Die Durchführung dieser Verfahren unterliegt allerdings wiederum dem Prinzip des § 12 FGG, so daß insofern in gewissem Umfang Amtswegigkeit der Verfahren besteht.

d) Die Durchführung des Verfahrens obliegt den Amtsgerichten als Nachlaßgerichten (§ 72 FGG). Ein Großteil der dabei anfallenden Geschäfte ist, soweit es sich nicht um rechtlich schwierigere oder besonders ausgenommene Angelegenheiten handelt (§§ 4, 5 RpflG), der Erledigung durch den Rechtspfleger zugewiesen (§ 3 Ziff. 2 c RpflG). In einzelnen Bundesländern werden die Bezirksnotare in bestimmten Angelegenheiten als Gerichtskommissäre tätig⁷⁴⁾.

2) Nach österreichischem Recht löst jeder Erbfall ein amtswegiges Tätigwerden des Abhandlungsgerichtes (Nachlaßgerichtes) aus.

a) Das zuständige Bezirksgericht als Nachlaßgericht erhält regelmäßig von einem Sterbefall durch Mitteilung des Standesbeamten Kenntnis⁷⁵⁾. Über die Sterbefälle wird bei

74) Vgl. für Baden §§ 33, 35 bad. LFGG; für Württemberg Art. 73 f. württ. AG BGB.

75) Die Sterbemitteilung erfolgt gemäß § 32 öPersStG und § 297 der Dienstanweisung für die Standesbeamten und ihre Aufsichtsbehörden; vgl. Holter, die Praxis des Außerstreitrechtes, 12.

Gericht ein Register geführt, das zunächst Namen, Wohnort und Sterbedatum des Verstorbenen und das Aktenzeichen enthält und in das später die Erledigungsart des Erbfalles eingetragen wird (sog. A-Register).

b) Nach Kenntniserlangung wird von Amts wegen die Todfallsaufnahme veranlaßt (vgl. § 71 AuBStrG). Sie dient der Feststellung der persönlichen Verhältnisse des Erblassers, der gesetzlichen und testamentarischen Erben und des Nachlasses (Aktiven und Passiven)⁷⁶⁾, sie hat Informations- und Sicherungszweck⁷⁷⁾. Sie erfolgt mittels Ausfüllung des vorgesehenen Formulars⁷⁸⁾ durch einen Gerichtsabgeordneten (Beamter der Geschäftsstelle)⁷⁹⁾, einen öffentlichen Notar⁸⁰⁾ oder den Gemeindevorsteher⁸¹⁾.

In Orten, in denen ein Gericht besteht, muß die Todfallsaufnahme dem zuständigen Notar als Gerichtskommissär übertragen werden⁸²⁾, was in der Regel durch Ermächtigung zur Aufnahme aller in einem bestimmten Bezirk vorkommenden Todesfälle geschieht⁸³⁾. Dem Aufnehmenden muß zur Todfallsaufnahme Zutritt zur Wohnung des Verstorbenen gewährt werden, Behältnisse etc. können geöffnet werden (§ 40 AuBStrG), nötigenfalls erfolgt eine Versiegelung des Nachlasses (§ 38 AuBStrG).

c) Ergibt sich, daß eine Verfügung von Todes wegen vorhanden ist, wird von Amts wegen deren Kundmachung vorgenommen (§§ 61-70 AuBStrG). Dies geschieht durch Eröffnung und

76) Holter, Außerstreitrecht, 1

77) Rintelen, Grundriß des Verfahrens außer Streitsachen, 53.

78) Formblatt Nr. 4 zum Verfahren außer Streitsachen, Neufassung gem. Erl. 3 aus JABl. 1964, abgedruckt bei Nemethy-Hauke, Formbuch für das Verfahren außer Streitsachen.

79) §§ 56 II GOG, 29, 30, 34 GeO.

80) § 36 AuBStrG.

81) §§ 3 ff. der VO öRGBl. 1850 Nr. 256.

82) § 1 der VO öRGBl. 1850 Nr. 256.

83) Vgl. § 37 AuBStrG, Rintelen, Grundriß, 53.

Verlesung in Gegenwart zweier Zeugen - ohne daß dabei die Beteiligten zu laden wären (§§ 61, 62 AuBStrG). Die Kundmachung erfolgt in der Regel sofort bei der Todfallsaufnahme (§ 41 AuBStrG), ist jedoch gesetzlich an kein Stadium der Verlassenschaftsabhandlung gebunden. Auch nach der Einantwortung sind - etwa nachträglich aufgefundene - letztwillige Erklärungen kundzumachen (vgl. § 180 AuBStrG)⁸⁴⁾.

d) Die Todfallsaufnahme in Verbindung mit der Kundmachung letztwilliger Verfügungen hat dem Gericht einen allgemeinen Überblick verschafft, welche Personen für die Erbfolge in Betracht kommen. Wenn nun das Gericht eine Reihe von Verfügungen erläßt, um diese Personen zu verständigen, sie eventuell zur Erbserklärung aufzufordern und ihnen den Nachlaß zuzuweisen, so dient dies einerseits der amtswegigen Erledigung des Verfahrens - zum anderen aber auch der Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten von Amts wegen⁸⁵⁾. Je nach Beschaffenheit des Nachlasses kommen verschiedene Erledigungsarten in Betracht:

aa) Häufig findet eine zur Einantwortung führende Verlassenschaftsabhandlung nicht statt.

(1) Eine sog. Abtueung armutshalber erfolgt in zwei Fällen:

(a) Ist keinerlei Vermögen vorhanden, ergeht der Beschluß, daß mangels Nachlaßvermögens eine Verlassenschaftsabhandlung nicht stattfindet (§ 72 I AuBStrG). Dieser Beschluß wird den Parteien nicht zugestellt⁸⁶⁾.

(b) Ist nur geringfügiges bewegliches Vermögen bis

84) Rintelen, Grundriß, 58; OGH GlUNF 2019.

85) Rintelen, a.a.O.

86) Holter, AußerstreitR, 18.

zu einer bestimmten Wertgrenze⁸⁷⁾ vorhanden, wird ebenfalls keine amtswegige Verlassenschaftsabhandlung eingeleitet, die Erben werden jedoch hiervon verständigt und darauf hingewiesen, daß sie nach § 72 II AußStrG die Einleitung der Verlassenschaftsabhandlung beantragen können.

(2) Fehlen die Voraussetzungen für eine Abtunung armuts halber, ist der Nachlaß aber unbedeutend und zu vermuten, daß er durch die Berichtigung der dringendsten Verlassenschaftsschulden erschöpft wird, ist er den Gläubigern an Zahlung Statt zu überlassen (sog. jure-crediti-Einantwortung gemäß § 73 AußStrG). Die Beurteilung der Bedeutungslosigkeit unterliegt dem Ermessen des Richters, wobei Stellung und Auffassung der Beteiligten besonders zu berücksichtigen sind⁸⁸⁾.

Allerdings kann die Überlassung an Zahlungs Statt nur mit Zustimmung aller Gläubiger erfolgen⁸⁹⁾ - liegt diese Zustimmung vor, kann aber auch ein nicht geringfügiger Nachlaß an Zahlungs Statt ausgefolgt werden⁹⁰⁾.

(3) Über bedeutende überschuldete Nachlässe wird auf Antrag der Erben oder Verlassenschaftsgläubiger - nicht des Verlassenschaftsgerichtes⁹¹⁾ - der Konkurs eröffnet⁹²⁾, und es findet eine Liquidation nach Konkursregeln statt.

87) Gemäß § 72 AußStrG beträgt die Wertgrenze ÖS 5'000,--. Falls am Nachlaß aber Minderjährige, Pflegebefohlene etc. beteiligt sind, liegt die Grenze bei ÖS 1'000,-- für jeden Beteiligten; vgl. § 72 AußStrG iVm Art. I Ziff. 2 u. 4 der Wertgrenzennovelle 1958, öBGBl. Nr. 268.

88) Kostner, öNotZ 1951, 52 (53); Holter, AußerstreitR, 20.

89) Fetter-Edlbacher, § 73 Anm. 14; OGH SZ VI, 266; öNotZ 1932, 119; 1936, 15; ZBl 1938, 319.

90) OGH SZ XIX, 333; Fetter-Edlbacher, § 73 Anm. 10.

91) OGH GlUNF 1515; Fetter-Edlbacher, § 74 Anm. 3.

92) Vgl. § 74 AußStrG iVm §§ 68 ff. öKO.

(4) Wegen des Fehlens einer Verlassenschaftsabhandlung und Einantwortung in allen diesen Fällen erscheint zweifelhaft, ob diese Akte lediglich verfahrensrechtliche Bedeutung haben oder sich auch, falls ein Nachlaß vorhanden ist, auf das materiellrechtliche Schicksal des bis dahin ruhenden Nachlasses auswirken.

Trotz - auch in neuerer Zeit geäußelter - gegenteiliger Lehrmeinungen⁹³⁾, ist die Auffassung herrschend, daß eine Gesamtrechtsnachfolge in diesen Fällen nicht stattfindet, sondern daß die ruhende Verlassenschaft unverändert weiterbesteht, bis Ersetzung eintretritt⁹⁴⁾. Unterstützt wird der Gedanke durch die gesetzgeberische Motivation dieser Regelungen - nämlich, daß es unbedenklich sei, bei Verlassenschaften bestimmten Umfanges den ruhenden Nachlaß bestehen zu lassen und es zu dulden, daß die Beteiligten die einzelnen Nachlaßgegenstände teilen, wie sie wollen⁹⁵⁾.

Die Verlassenschaft bleibt in diesen Fällen ein parteifähiges Rechtssubjekt, das Rechte und Schulden haben kann, das klagen und verklagt werden kann. Zur Wahrnehmung der Rechte ist nötigenfalls ein Kurator zu bestellen⁹⁶⁾.

bb) Ergibt sich aus der Todesfallsaufnahme, daß ein Nachlaß vorliegt, der abgehandelt und eingewantwortet werden muß, ist die Verlassenschaftsabhandlung von Amts wegen einzu-

93) Vgl. Gschnitzer, ErbR, 52.

94) Vgl. Bajons, öJBl 1970, 169 (170); für armutshalber abgetane Verlassenschaften folgen dieser Meinung: OGH öNotZ 1930, 141; 1931, 153; EvBl 1961, 311; Klang-Weiss, § 812 II 2; für die jure-crediti-Einantwortung: OGH GlU 15528; LG Wien EvBl 1954, 144; Ehrenzweig, System II, 2, 523; Hantsch, öGZ 1924, 33 ff.; Demelius, öNotZ 1935, 85 ff.; Liedermann, öRiZ 1934, 1 ff.; a. A. Swoboda-Bartsch, ABGB IV, 111; Fedynskyj, Rechtstatsachen, 70 ff. (76); Gschnitzer, ErbR, 52.

95) Hauke, öGZ 1924, 81, 99 (101).

96) Holter, AußerStr, 19.

leiten⁹⁷⁾.

(1) Zunächst verständigt die Abhandlungsbehörde alle vermutlichen Erben von dem Erbfall mit der Aufforderung, die erforderlichen Erbserklärungen abzugeben, d.h. die Erbschaft ausdrücklich anzunehmen oder auszuschlagen (§§ 75, 116 AuBStrG). Hierzu sind die Erben gemäß § 116 AuBStrG vorzuladen, ihnen ist ferner aufzugeben, alle zum Nachweise ihres Erbrechts dienenden Unterlagen mitzubringen, und sie sind auf die Säumnisfolgen⁹⁸⁾ hinzuweisen (§ 120 AuBStrG).

(a) Die Erbserklärung ist in der Regel durch ausdrückliche schriftliche Erklärung, und soweit sie eine Annahme enthält (positive Erbserklärung⁹⁹⁾) eigenhändig unterzeichnet beim Nachlaßgericht abzugeben (§§ 115, 122 AuBStrG).

Obligatorischer Inhalt der positiven Erbserklärung ist gemäß §§ 799, 800 ABGB iVm § 122 AuBStrG:

(aa) Angabe des Titels (Berufungsgrundes), auf den der Erklärende sein Erbrecht stützt. Eines Nachweises dieses Titels bedarf es zwar noch nicht¹⁰⁰⁾, er erfolgt jedoch in der Regel.

97) Beim Bezirksgericht am Sitz eines Gerichtshofes und bei anderen Gerichten, soweit der Richter oder Rechtspfleger dies anordnet, geschieht dies durch die Übersendung des Aktes an den zum Gerichtskommissär bestellten Notar mit dem Auftrag, die Verlassenschaftsabhandlung durchzuführen. In anderen Fällen führt das Verlassenschaftsgericht die Abhandlung selbst durch; vgl. Holter, AuBStrR, 23.

98) Kommt der vom Nachlaßgericht zur Abgabe einer Erbserklärung aufgeforderte präsumptive Erbe dieser Aufforderung nicht nach, so wird die Verlassenschaft mit den übrigen erbserklärten Erbansprechern abgehandelt und ihnen eingantwortet (§ 120 AuBStrG) bzw. der Nachlaß wird dem Staat als erblos übergeben; vgl. Holter, AuBStrR, 27 f.

99) Zur Terminologie vgl. Gschnitzer, ErbR, 52.

100) Rintelen, Grundriß, 62.

(bb) Die Erklärung, ob die Annahme unbedingt oder unter Vorbehalt der "rechtlichen Wohltat" der Inventarerrichtung (bedingt) erfolgen soll (§ 800 ABGB).

Diese Entscheidung ist, wie bereits angedeutet, nach der Einantwortung haftungsrechtlich bedeutsam: Der unbedingt Erbserklärte haftet nach Einantwortung mit seinem Gesamtvermögen (wozu dann auch der Nachlaß zählt) für Nachlaßverbindlichkeiten in voller Höhe. Hingegen haftet nach Einantwortung des Nachlasses an einen bedingt Erbserklärten dessen Vermögen nur in der Höhe, die der Nachlaß laut des vom Gericht aufzunehmenden Inventares hatte.

Über die Tragweite dieser Entscheidung sind die Erben, soweit sie nicht durch einen rechtskundigen Bevollmächtigten vertreten sind, vom Nachlaßgericht vor Abgabe der Erklärungen zu belehren¹⁰¹⁾.

(b) Die einmal abgegebene Erbserklärung ist gemäß § 806 ABGB grundsätzlich unwiderruflich, so daß eine unbedingte Erbserklärung nicht in eine bedingte umgewandelt werden kann. - Zulässig ist jedoch die umgekehrte Umwandlung von einer bedingten in eine unbedingte Erbserklärung sowie eine Korrektur wegen eines fälschlich angenommenen Berufsgrundes¹⁰²⁾ (etwa zunächst angenommene gesetzliche Erbschaft, später wird jedoch ein Testament aufgefunden).

(c) Das Gericht hat die formellen Erfordernisse der Erbserklärung nachzuprüfen und gemäß § 122 AußStrG jede in der vorgeschriebenen Art ausgestellte Erbserklärung anzunehmen und bei den Gerichtsakten aufzubewahren (§ 122 AußStrG).

(aa) Zurückzuweisen sind allerdings Erbserklärungen, die verspätet, d.h. nach Rechtskraft der Einantwortung eingehen¹⁰³⁾

101) Holter, AußStrR 25; Rintelen, a.a.O.

102) Klang-Weiss, §§ 799, 800 IV.

103) OGH öNotZ 1931, 138; öNotZ 1934, 228; Fetter-Edlbacher, § 122 Bem. 24.

sowie besonders offensichtlich fehlerhafte Erklärungen - so etwa, wenn der in der Erbserklärung behauptete Tatbestand zweifellos ein Erbrecht nicht begründet, oder falls zweifelsfrei ein gültiger oder überhaupt ein Erbrechtstitel fehlt¹⁰⁴⁾.

(bb) Anzunehmen sind aber auch einander widersprechende Erbserklärungen, wenn sie sämtlich die oben aufgeführten Voraussetzungen erfüllen.

Liegen kollidierende Erklärungen vor, so fällt das Nachlaßgericht selbständig keine Entscheidung über das Erbrecht. Es hat lediglich die Parteien auf den ordentlichen Rechtsweg zu verweisen, indem es nach Parteivernehmung bestimmt, wer von den Erbensprechern die Erbrechtsklage (Feststellungsklage) zu erheben hat¹⁰⁵⁾ und diesem eine Frist zur Klageerhebung setzt (§ 125 AuBStrG). Die Fortführung der Verlassenschaftsabhandlung ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Erbrechtsstreites aufzuschieben.

(d) Allein an die Tatsache der bloßen Abgabe der Erbserklärung sowie ihrer Annahme durch das Gericht knüpfen sich nach h. M. keine Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Erben in bezug auf den Nachlaß¹⁰⁶⁾; insbesondere wird er nicht Rechtsinhaber der Erbschaft.

Die angenommene Erbserklärung gewinnt für den Erben jedoch bei Hinzutreten weiterer Voraussetzungen Bedeutung.

(aa) Liegen zu der angenommenen Erbserklärung noch weitergehende Nachweise vor, und zwar dergestalt, daß nach Todesfallsaufnahme und Erbserklärung aufgrund der dabei festgestellten Umstände und Beweise klar und unbestritten erscheint, wer

104) OGH 6NotZ 1934, 228; öRiZ 1936, 221; OGH GlU 14293, SZ XI, 161; Fetter-Edlbacher, § 122, Bem. 27, 28.

105) Die ungünstigere Klägerrolle ist gemäß § 126 AuBStrG dem schwächer Titulierten zuzuweisen - schwächer titulierte ist der gesetzliche Erbe gegenüber dem Testamentserben, letzterer wiederum gegenüber dem Vertragserben.

106) Vgl. Rintelen, Grundriß, 68.

Erbe wird, so ist diesem gemäß § 123 AußStrG als vorläufigem rechtmäßigen Erben anzusehender Erbensprecher gemäß § 810 ABGB, § 145 AußStrG die Verwaltung der Verlassenschaft einzuräumen. Der Erbe kann damit jedoch nicht über Erbschaftsgegenstände verfügen - er hat lediglich die Stellung eines Verwalters unter gerichtlicher Aufsicht¹⁰⁷⁾.

(bb) Die Verfügungsbefugnis über einzelne Nachlaßgegenstände kann dem Erben dann vor der Einantwortung übertragen werden, wenn dieser sein ausschließliches Erbrecht neben seiner eigenen Fähigkeit zu Verfügungen klar ausgewiesen hat und eine Gefährdung der Interessen anderer Beteiligter ausscheidet¹⁰⁸⁾. Dieser Vorgang stellt sich als eine teilweise Vorwegnahme der Einantwortung dar¹⁰⁹⁾.

Damit ergibt sich, daß auch nach Annahme der Erbserklärung dem Erben vom Nachlaßgericht erst dann eine - außerdem noch eng begrenzte - Rechtsmacht über den Nachlaß eingeräumt wird, wenn aufgrund der Beweis- und Sachlage eine Benachteiligung anderer Erbensprecher oder Nachlaßgläubiger ausgeschlossen erscheint.

(2) Nach Annahme der Erbserklärung hat das Gericht auf die Beendigung des Nachlaßverfahrens zu dringen, indem es von Amts wegen dafür sorgt, daß die für die Einantwortung erforderlichen Voraussetzungen von den Erben erfüllt werden (§ 145 II AußStrG).

Diese Voraussetzungen sind:

(a) Einmal ist das Erbrecht gehörig nachzuweisen (Erbrechtsausweis, § 149 I, 1. HS AußStrG). Dies geschieht in der Regel schon bei der Erbserklärung, notfalls im Erbrechtsstreit.

107) Rintelen, Grundriß, 69.

108) Vgl. § 145 II AußStrG.

109) Rintelen, Grundriß, 70.

(b) Zum anderen muß die Erfüllung der dem Erben vom Gesetz und Erblasser auferlegten Verbindlichkeiten nachgewiesen werden (§ 149 I, 2. HS AußStrG). Das erfordert im einzelnen folgende Ausweise:

(aa) Den Testamentsausweis, der dem Nachweis dient, daß der letzte Wille des Erblassers erfüllt oder seine Befolgung gesichert ist (§ 157 AußStrG)¹¹⁰⁾.

(a₁) Bei Nacherbschaft gemäß § 608 ABGB muß in der Regel die gerichtliche oder außergerichtliche Verständigung des Nacherben nachgewiesen werden. Bei unbeweglichen Gütern ist die Anordnung der Nacherbschaft in das Grundbuch einzutragen. Besonderheiten gelten zugunsten bestimmter Nacherben, die besonders schutzbedürftig erscheinen, wie Minderjährige, Pflegebefohlene u. a. (vgl. im einzelnen § 158 AußStrG).

(b₁) Ebenso müssen regelmäßige Vermächtnisnehmer erwiesenermaßen verständigt sein, § 161 AußStrG.

Bestimmte Legate zugunsten besonders Schutzwürdiger müssen bezahlt und sichergestellt sein (§§ 159, 160 AußStrG).

(c₁) Auflagen an den Erben gemäß § 709 ABGB müssen nachweislich erfüllt bzw. muß die Erfüllung sichergestellt sein (§ 161 a AußStrG).

(bb) Die Pflichtteilsberechtigten (Noterben) haben grundsätzlich ihre Rechte selbst geltend zu machen¹¹¹⁾. Nur die Berücksichtigung der Interessen pflegebefohlener und minderjähriger Noterben hat das Gericht zu überwachen. Zu diesem Zweck kann von den Erben vor der Einantwortung der sog. Pflichtteilsausweis verlangt werden¹¹²⁾, worin die Feststellung und Sicherung des

110) Gschnitzer, ErbR, 55.

111) Ehrenzweig, System II, 2, 579.

112) Das Abfordern eines Pflichtteilsausweises liegt im Ermessen des Abhandlungsgerichtes OGH öNotZ 1955, 172; Fetter-Edlbacher, § 162, 1 a.

Pflichtteils der Noterben nachgewiesen werden muß¹¹³⁾.

(3) Wenn die aufgezeigten Voraussetzungen für die Einantwortung sämtlich vorliegen¹¹⁴⁾, hat das Nachlaßgericht die Einantwortungsverordnung zu erlassen und die Verlassenschaftsabhandlung für beendet zu erklären. Dies geschieht von Amts wegen, ohne daß ein diesbezüglicher Antrag der Erben notwendig wäre, durch Erlaß der Einantwortungsurkunde.

Die Einantwortungsurkunde muß gemäß § 174 AußStrG (vgl. AußStr. Form Nr. 39¹¹⁵⁾) beinhalten:

1. - Vor- und Familiennamen des Erblassers
2. - seinen Todestag
3. - die Angabe, ob er mit oder ohne Hinterlassung einer letztwilligen Anordnung gestorben ist
4. - Vor- und Familiennamen der Erben
5. - die Angabe einer eventuellen Minderjährigkeit der Erben
6. - ihren Erbrechtstitel (Berufungsgrund)
7. - die Art ihrer Erbserklärung (bedingt oder unbedingt)
8. - bei mehreren Erben das quotenmäßige Verhältnis ihrer Beteiligung, eventuell mit Berufung auf eine bereits vor Einantwortung vorgenommene Erbteilung
9. - die Feststellung, ob die Erben frei verfügbares Eigentum erlangen oder ob ihnen durch Anordnung einer Nacherbfolge oder dergleichen Beschränkungen auferlegt sind und deren Art sowie, soweit schon möglich, genaue Bezeichnung des Nacherben
10. - die Erklärung, daß die Verlassenschaftsabhandlung beendet ist.

113) Ehrenzweig, System II, 2, 579.

114) Wenn die Verlassenschaftsabhandlung bis zu diesem Stadium - wie es regelmäßig geschieht - von einem Notar als Gerichtskommissär durchgeführt wurde, erläßt das Gericht vorher den sog. Endbeschluß, in dem von der ordnungsgemäß erfüllten Voraussetzung für die Einantwortung Kenntnis genommen wird, sonst noch erforderliche Maßnahmen wie die Sperrung von Sparkonten etc. angeordnet, sowie die Gebühren für den Notar als Gerichtskommissär festgesetzt werden; vgl. Holter, AußStrR, 45.

115) Abgedruckt bei Nemethy-Hauke, Formbuch, AußStrForm Nr. 39.

Die Einantwortungsurkunde wird als Beschluß ausgefertigt, mit der Unterfertigungsstempel des Richters oder Rechtspflegers versehen, und vom Leiter der Geschäftsstelle unterschrieben (vgl. § 151 GeO).

Diese Urkunde ist den Erben, den Noterben (Pflichtteilsberechtigten), bei Beteiligung Minderjähriger und Pflegebefohlener am Verfahren den Vormundschafts- bzw. Pflegebehörden zuzustellen.

Mit der Zustellung wird die Einantwortung rechtskräftig.

(4) In das vom Nachlaßgericht geführte A-Register wird ein Vermerk über die Erledigungsart aufgenommen.

Zur Bemessung der Verlassenschaftsgebühren¹¹⁶⁾ hat das Gericht unverzüglich nach der Einantwortung dem Finanzamt die Abhandlungsakten zu übersenden¹¹⁷⁾.

e) Neben den zur Realisierung der Erbfolge notwendigen geschilderten Verfahrensvorgängen ergibt sich häufig ein weiteres Tätigwerden des Verlassenschaftsgerichtes, das aber keinen regelmäßigen Bestandteil des Verlassenschaftsverfahrens bildet¹¹⁸⁾.

(aa) Hierzu zählt vor allem die Inventarerrichtung, bei der vom Gericht bzw. dessen Beauftragten (niemals von den Erben) ein genaues Verzeichnis allen beweglichen und unbeweglichen Vermögens, in dessen Besitz (nicht notwendig Eigentum) sich der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes befunden hat,

116) Erbschaftssteuern.

117) Vgl. § 82 AuBStrG iVm § 24 Erbschafts- und SchenkungssteuerGes. 1955 sowie Erl. vom 8.9.1948, JABl. Nr. 13, Abschnitt B I 1 d (abgedruckt bei Nemethy-Hauke, Formbuch sowie Fetter-Edlbacher in § 82 AuBStrG).

118) Vgl. Rintelen, Grundriß, 65.

aufzustellen ist, und sodann unter Verrechnung aller Aktiva und Passiva des erblasserischen Vermögens der Wert des Nachlasses festzustellen ist (vgl. § 97 AußStrG).

Das Inventar bildet die Grundlage für das Abhandlungsverfahren, entfaltet seine Bedeutung aber vor allem im Hinblick auf die Erbenhaftung: Wurde ein Inventar errichtet, so haftet der Erbe ab Einantwortung zwar mit seinem Vermögen, zu dem auch der Nachlaß gehört, jedoch nur bis zu der Höhe, die die in das Inventar aufgenommenen Nachlaßwerte zum Zeitpunkt der Einantwortung hatten¹¹⁹⁾. Demzufolge wird das Inventar zumeist auf Betreiben der Parteien errichtet (vor allem des sich bedingt erbserklärenden Erben, § 802 ABGB; sowie der Absonderung der Verlassenschaft vom Erbenvermögen begehrenden Nachlaßgläubiger, § 812 ABGB).

Eine amtswegige Veranlassung der Inventarerrichtung erfolgt nur bei Beteiligung besonders schutzbedürftiger oder begünstigter Erben, so etwa bei Pflegebefohlenen, Armen, Kirche, Staat etc. sowie bei der Nacherbfolge (vgl. im einzelnen § 92 II AußStrG).

(bb) Des weiteren wirkt das Nachlaßgericht mit in den Fällen der gerichtlichen Verwahrung des Nachlasses, der Einberufung der Nachlaßgläubiger (§ 813 ABGB) und in bestimmten Fällen bei der Erbauseinandersetzung (§ 165 AußStrG). Hinzu kommt die Erteilung von Amtsurkunden für Legatäre, Grundbuchberichtigungen u. ä.

Allen diesen Tätigkeiten ist gemeinsam, daß sie nur bei Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen im Einzelfall vorgenommen werden.

f) Soweit die aufgezeigten Vorgänge vom zuständigen Bezirksgericht als Verlassenschaftsgericht selbst getätigt werden, fallen sie in den Aufgabenbereich des hierfür bestellten

¹¹⁹⁾ Gschnitzer, ErbR, 62.

Rechtspflegers¹²⁰⁾, soweit nicht ausdrücklich dem Richter die Erledigung vorbehalten bleibt. Der Richtervorbehalt gilt ab einer bestimmten Nachlaßhöhe sowie bei rechtlich weniger einfach gelagerten Erbfällen¹²¹⁾.

3) Der abschließende Vergleich des Verfahrensablaufs nach deutschem und österreichischem Recht ergibt folgendes:

a) Zunächst ins Auge fällt die entgegengesetzte Konstruktion der Ingangsetzung und Durchführung des Verfahrens. Das österreichische Verfahren ist beherrscht vom amtswegigen Vorgehen. Dies beginnt sofort mit dem Todesfall und setzt sich bis zur endgültigen Erledigung stetig fort. Die Hand des Richters greift immer wieder helfend, ja drängend ein. Dies geht so weit, daß sogar einzelne Gläubigerinteressen von Amts wegen wahrgenommen werden¹²²⁾.

Das deutsche Verfahren hingegen überläßt es weitgehend der freien Parteinitiative, ob und wie der Erbgang Gegenstand richterlicher Tätigkeit wird.

b) Diese in ihrem Ausgangspunkt kontroversen Verfahrensgrundsätze sind jedoch nicht lückenlos durchgeführt, sondern abgemildert dadurch, daß Elemente des entgegengesetzten Systems mit in das Verfahren eingebaut werden.

Das österreichische Recht läßt auf der amtswegigen Grundlage der einzelnen Verfahrensvorgänge Ergänzungen durch den Parteibetrieb zu (z. B. Abgabe bestimmter Erklärungen, Stellung von Anträgen), welche sich bis zur Anstrengung des Erbrechtsprozesses und der damit verbundenen Innehaltung des Verfahrens verdichten können¹²³⁾.

120) § 3 Nr. 2 Rechtspflegergesetz vom 4.7.1962 idF vom 17.6.1964 abgedruckt bei Nemethy-Hauke, Formbuch.

121) Vgl. die enumerative Aufzählung in § 13 II, Nr. 1-7 Rechtspflegergesetz.

122) Rintelen, Grundriß, 73.

123) Touaillon, öZBl 1911, 193 (194).

Auch das deutsche Recht verläßt das Prinzip des freien Parteibetriebes bei einer Reihe von Verfahrensakten. Auf diese Weise berühren sich die Verfahrensabläufe trotz der grundsätzlich verschiedenen Ausgangsentscheidung beider Systeme in einigen Punkten:

aa) Der grundsätzlichen Pflicht des österreichischen Richters zur Erbenermittlung steht die dahingehende Ermittlungspflicht des deutschen Richters in den Fällen der Nachlasssicherung, des Erbrechts des Fiskus sowie nach einigen Landesgesetzen gegenüber¹²⁴⁾.

bb) In beiden Verfahren erfolgt die Eröffnung (Kundmachung) von letztwilligen Verfügungen von Amts wegen - die Ausgestaltung dieses Aktes ist allerdings unterschiedlich.

cc) Die Klärung der Sach- und Beweislage, die sich der österreichische Richter bereits bei der Todfallsaufnahme sowie bei der Abforderung der Erbsерklärung zu verschaffen hat, muß der deutsche Nachlassrichter dann nachträglich amtswegig herbeiführen, wenn ein Antrag auf Erbscheinerteilung vorliegt: § 2358 BGB weist das Nachlassgericht an, unter Benutzung der vom Antragsteller gelieferten Angaben und Beweismittel von Amts wegen die zu seiner Überzeugungsbildung notwendigen Ermittlungen und Beweiserhebungen anzustellen.

dd) Andererseits ergibt sich, daß im österreichischen Verfahren in den Fällen, in denen eine Einantwortung von Amts wegen nicht stattfindet (Abtunг armutshalber, iure-crediti-Einweisung, §§ 72 II, 73 AußStrG), es den Parteien teilweise freisteht¹²⁵⁾, eine zur Einantwortung führende Abhandlung im Antragswege herbeizuführen (§ 72 II AußStrG). Einen weiteren

124) Vgl. oben S. 25.

125) Ausgenommen bleibt hierbei der Fall, daß keinerlei Nachlaß vorhanden ist, § 72 L AußStrG.

Einfluß kann der Berufene dadurch nehmen, daß er seine Erbsenklärung nicht abgibt, selbst wenn er dazu aufgefordert ist. Dies hat die Säumnisfolge, daß er bei der Einantwortung nicht berücksichtigt wird¹²⁶⁾. Insofern kann also auch eine Ingangsetzung oder Beschränkung des österreichischen Verfahrens im Parteibetrieb erfolgen¹²⁷⁾.

4. Weithin übereinstimmend ist die Regelung der Zuweisung der Verfahrenshandlungen des Erbganges innerhalb von Gerichtsaufbau und -organisation. In beiden Systemen besteht eine grundsätzliche Zuständigkeit der Gerichte der Freiwilligen Gerichtsbarkeit unterster Instanz. Dort wird im Normalfall der Rechtspfleger, bei rechtlich oder tatsächlich höhere Anforderungen stellenden Erbfällen der Richter tätig.

Die für das österreichische Verfahren typische Zuweisung bestimmter Verfahrensteile an den Notar als Gerichtskommissär findet in Deutschland Entsprechung in einzelnen Landesrechten¹²⁸⁾.

126) Vgl. oben FN 98.

127) Darauf weist auch Firsching, DNotZ 1953, 409 f. hin.

128) Vgl. oben FN 74.

Teil 2: Die Einantwortung durch deutsche Nachlaßgerichte

A. Internationalprivatrechtliche Fragen - Anwendbarkeit materiellen Erbrechts

Die Frage, ob ein deutscher Nachlaßrichter eine Einantwortung gem. §§ 797 ff. ABGB, 149 ff. AußStrG vornehmen kann, stellt sich nur, wenn der infragestehende Erbfall aus deutscher Sicht dem österreichischen Erbrecht unterliegt.

I. Eine staatsvertragliche Regelung, welches materielle Erbrecht auf Erbfälle mit deutsch-österreichischer Beteiligung anzuwenden war, enthielt das Nachlaßabkommen zwischen dem Deutschen Reiche und der Republik Österreich vom 5. 2. 1927(DÖNA)¹⁾. Zunächst durch die Eingliederung Österreichs in das Deutsche Reich und letztlich durch die VO vom 12. 12. 1941 über den Anwendungsbereich erbrechtlicher Vorschriften²⁾ wurde dieser zwischenstaatliche Vertrag jedoch gegenstandslos³⁾. Die VO vom 12. 12. 1941 ihrerseits muß seit 1945 als gegenstandslos betrachtet werden und wurde in Österreich durch Kundmachung vom 3. 10. 1945⁴⁾ sowie in Deutschland durch Art. 1 des Gesetzes zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 5. 3. 1953⁵⁾ ausdrücklich aufgehoben.

Damit besteht zwischen Österreich und Deutschland z. Zt. ein vertragsloser Zustand⁶⁾. Vor mehreren Jahren begonnene Erörterungen deutscher Stellen mit der österreichischen Regierung, die die Wiederanwendung des DÖNA zum Ziel hatten, haben zu keinem Ergebnis geführt. Der Abschluß eines Nachlaßabkommens ist zwar von deutscher Seite als erwünscht bezeichnet worden, kon-

1) Gesetz vom 16.7.1927, RGBl. II, 506.

2) RGBl. I, 765.

3) Vgl. Firsching, Die Behandlung der Nachlässe österreichischer Erblasser durch deutsche Gerichte; DNotZ 1963, 329 (329 f.).

4) Staatsgesetzblatt 1945/298 Nr, 190.

5) BGBl. I, 53.

6) Firsching, a.a.O.

krete Verhandlungsergebnisse sind jedoch noch nicht ersichtlich⁷⁾.

II. Wann auf einen Erbfall mit deutsch-österreichischen Beziehungen österreichisches Recht anzuwenden ist, ergibt sich also in Anwendung der erbrechtlichen Grundsätze des IPR.

1. Da das deutsche IPR, wie sich aus Art. 24, 25 EGBGB ergibt, auf dem Boden des Staatsangehörigkeitsprinzips und der Nachlaßseinheit steht⁸⁾, kommt für Erbfälle nach deutschen Staatsangehörigen grundsätzlich eine Anwendung des Erbrechts des ABGB nicht in Betracht⁹⁾, gleichgültig ob der deutsche Erblasser im In- oder Ausland verstirbt und ohne Rücksicht auf Art und Lage seines Nachlasses¹⁰⁾. Ausnahmen von diesem Grundsatz des Art. 24 I EGBGB können sich als Folge der Ereignisse des 2. Weltkrieges ergeben: So etwa für Volksdeutsche aus dem Sudetengebiet, die nach § 1 des deutsch-tschechoslowakischen Vertrages vom 20. 11. 1938¹¹⁾ als deutsche Staatsangehörige betrachtet werden müssen¹²⁾. Soweit diese vor oder während der Vertreibung in der Tschechoslowakei verstarben, war ihr Heimatrecht und da-

7) Auskunft des Bundesministers der Justiz laut Schreiben vom 4. 7. 1969 (Aktenzeichen 9262/101 - 15 763/69) - abweichend v. Craushaar, Internationale Anwendbarkeit, S. 2.

8) Erman-Marquardt, Art. 24, 25 EGBGB Bem. 1.

9) Hier nicht interessierende Ausnahmen bilden:

- a) Die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung für die Erben nach ausländischem Recht gem. Art. 24 II EGBGB.
- b) Die bei Wechsel der Staatsangehörigkeit des Erblassers auftretende Möglichkeit der Beurteilung einzelner Erbrechtsfragen nach dem vorläufigen (ausländischen) Erbstatut, Art. 24 III EGBGB, vgl. BayObLGZ 1960, 478 (481).

10) Vgl. Erman-Marquardt, Art. 24, 25 EGBGB Bem. 2 c.

11) RGBl. II, 896; von den Zweifeln an dessen Rechtsgültigkeit soll hier abgesehen werden.

12) Vgl. § 1 des 1. Gesetzes zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit vom 22. 2. 1955, BGBl. I, 65; BVerfGE 1, 322 (326 ff.); BayObLGZ 1960, 478 (481); 1961, 176 (177); 1967, 197 (199); 338 (341 f.).

mit für sie maßgebliches Erbstatut des ABGB¹³⁾. Für Erbfälle nach diesen Personen gilt daher - zumindest für die materiell-rechtliche Seite - das im folgenden für österreichische Staatsangehörige Auszuführende entsprechend.

2. Anlaß für Überlegungen betreffs einer Verwirklichung österreichischer Erbrechtsinstitute bilden daher in der Regel nur Erbfälle nach Österreichern - jedoch auch nicht ohne Ausnahme:

a) Nach Art. 25 EGBGB wird ein Ausländer mit inländischem Wohnsitz nach seinem Heimatrecht beerbt. In Erweiterung dieser (unvollkommenen) Kollisionsnorm gilt nach h. M.¹⁴⁾ der Grundsatz, daß jeder nach den Gesetzen des Staates beerbt wird, dem er zur Zeit seines Todes angehört hat. Auf den - wo auch immer gelegenen - Nachlaß eines Österreichers ist daher grundsätzlich österreichisches Kollisionsrecht anzuwenden, ohne Rücksicht auf den Wohn- und Sterbeort des Erblassers¹⁵⁾. Eine Ausnahme hiervon ergibt sich allerdings aus Art. 25 S. 2 EGBGB zugunsten deutscher Erben eines mit letztem Wohnsitz¹⁶⁾ in der BRD verstorbenen Österreichers. Deutsche Erben können danach

13) Von der Eingliederung in das Deutsche Reich bis zum Wiedererstehen des tschechoslowakischen Staates (Mai 1945) galt als Heimatrecht der Sudetendeutschen das ABGB als innerdeutsches Partikularrecht. Mit Wiedererstehen der CSR blieb das ABGB zunächst das Heimatrecht dieser Personen, da erst durch Gesetz vom 2. 10. 1946 (Ges. Sammlung Nr. 195, zitiert nach BayObLGZ 1961, 176 (178)) das bis dahin als tschechoslowakisches Recht fortgeltende ABGB ohne Rückwirkung aufgehoben wurde; vgl. BayObLGZ 1960, 478 (481); 1961, 176 (178); 1967, 197 (199); 338 (341).

14) Erman-Marquardt, Art. 24, 25 EGBGB Bem. 1; Staudinger-Raape, Art. 25 EGBGB, Anm. A; RGZ 91, 139; BGHZ 19, 315, 24, 352 (358).

15) Vgl. Firsching, DNotZ 1963, 329 (330); Ferid-Firsching, Internat. ErBR I, Österreich RNr. 12.

16) Da Art. 25 S. 2 EGBGB eng auszulegen ist, besteht keine Anwendungsmöglichkeit für außerhalb der BRD ansässige Ausländer; vgl. Erman-Marquardt, Art. 24, 25 EGBGB Bem. 12 a, BGHZ 19, 315; RGZ 63, 356.

auch Erbansprüche geltend machen, die nur nach deutschem Recht begründet sind.

Die Retorsionsvorschrift des Art. 25 S. 2 EGBGB ist¹⁷⁾ im Verhältnis zu Österreich anwendbar¹⁸⁾, weil österreichische Gerichte auf Erbfälle nach in Österreich ansässigen Deutschen nicht ausschließlich deutsches Recht anwenden¹⁹⁾.

Das ergibt sich bei unbeweglichen Sachen aus § 22 AuBStrG, wonach für in Österreich gelegene Liegenschaften eines Ausländers die österreichischen Abhandlungsbehörden (Nachlaßgerichte) zuständig sind, womit die Anwendbarkeit österreichischen Rechts festgelegt ist²⁰⁾.

Selbst wenn man aber der Meinung folgt, daß eine Abweichung vom Staatsangehörigkeitsprinzip bezüglich Liegenschaften allein eine Anwendung des Art. 25 S. 2 EGBGB nicht rechtfertigt²¹⁾, und daß des weiteren das Bestehen einer dem Art. 25 S. 2 EGBGB entsprechenden Retorsionsvorschrift im ausländischen Recht, wie sie § 23 AuBStrG darstellt, nicht unbedingt zum Eintritt des Privilegium Germanicum führe²²⁾, muß im Verhältnis zu Österreich dieser Grundsatz eingreifen. Österreich sieht nämlich die für eine Anwendbarkeit ausländischen Erbrechts gem. § 23 AuBStrG vorausgesetzte Gegenseitigkeit der Anwendung ausländischen Erbrechts im Verhältnis zu Deutsch-

17) Z. B. Firsching, DNotZ 1963, 329 (339 u. 340).

18) Ferid-Firsching, Internat. ErbR I, Deutschland RNr. 43.

19) Ferid-Firsching, Internat. ErbR I, Österreich RNr. 32.

20) Der österreichische Nachlaßrichter stellt zunächst seine Zuständigkeit zur Abhandlung des Ausländer-Nachlasses fest und wendet, wenn er diese bejaht, österreichisches Recht auf Verfahren und Erbfolge an; vgl. §§ 22-26 AuBStrG, § 108 JN; Ferid-Firsching, a.a.O. RNr. 16.

21) Vgl. Staudinger-Raape, Art. 25 EGBGB D II 2 c.

22) Vgl. Staudinger-Raape, Art. 25 EGBGB D II 2 e.

land als nicht gegeben an²³⁾ und handelt auch den in Österreich befindlichen beweglichen Nachlaß eines dort ansässigen Deutschen ab, d.h. unterstellt ihn materiell- und verfahrensrechtlich dem österreichischen Recht²⁴⁾.

Damit liegen aber die Voraussetzungen für eine Anwendbarkeit deutschen Rechts auf den Nachlaß eines in Deutschland ansässigen Österreichers zugunsten deutscher Erben gem. Art. 25 S. 2 EGBGB vor. In derartigen Fällen stellt sich bereits aus internationalprivatrechtlichen Gründen nicht die Frage nach der Möglichkeit einer Einantwortung nach dem ABGB.

b) Damit ist jedoch noch nicht die Anwendbarkeit österreichischen Erbrechts in sämtlichen anderen Fällen festgestellt. Weitere Ausnahmen ergeben sich, weil das österreichische Kollisionsrecht im Gegensatz zum deutschen IPR vom Grundsatz der Nachlaßspaltung ausgeht²⁵⁾.

aa) Die Vererbung unbeweglichen Nachlasses²⁶⁾ richtet sich nach dem Realstatut, der *lex rei sitae*^{27), 28)}. Da das ABGB keine Bestimmungen über das internationale Erbrecht enthält²⁹⁾,

23) Vgl. RHE (Ziv) § 58; Ferid-Firsching, Internat. ErbR I, Österreich RNr. 20.

24) Ferid-Firsching, a.a.O. RNr. 32.

25) Erman-Marquardt, Art. 24, 25 EGBGB Bem. 1; Firsching, DNotZ 1963, 329 (330); Ferid-Firsching, Internat. ErbR I, Österreich RNr. 10.

26) Was als "unbeweglicher Nachlaß" zu qualifizieren ist, hat das fremde Recht, zu dem die Kollisionsnorm gehört, zu entscheiden - hier also das ABGB; vgl. Erman-Marquardt, Art. 24, 25 EGBGB, Bem. 8 a; Firsching, DNotZ 1963, 329 (330, FN 7).

27) Vgl. Walker, Internationales Privatrecht, 974; Ferid-Firsching, Internat. ErbR I, Österreich, RNr. 12.

28) Das gilt sowohl in materiell- wie in verfahrensrechtlicher Hinsicht; vgl. Ferid-Firsching, a.a.O.

29) Walker, IPR, 973.

fehlt eine ausdrückliche Normierung dieses Grundsatzes in genereller Form. Aus anderen Bestimmungen, so u. a. aus §§ 21, 22 AußStrG, § 106 JN, die sich auf in Österreich gelegenen unbeweglichen Nachlaß beziehen, sowie aus dem Gedanken, daß das IPR des ABGB allgemein auf der Statutentheorie fußt, läßt sich jedoch nach allgemeiner Meinung³⁰⁾ folgern, daß die für inländische unbewegliche Sachen geltende Regelung des § 300 ABGB³¹⁾ als Grundsatz auch auf das internationale Erbrecht Anwendung findet. Daraus ergibt sich, soweit in der BRD gelegene unbewegliche Sachen aus dem Nachlaß eines Österreichers vererbt werden, eine Rückverweisung auf das deutsche Recht. Diese (teilweise) Rückverweisung wird gem. Art. 27 EGBGB vom deutschen IPR angenommen³²⁾. In der BRD belegene Nachlaßliegenschaften eines Österreichers vererben sich also nach deutschem Recht, während es für in Österreich belegenes Grundvermögen bei der Anwendbarkeit österreichischen Rechts bleibt.

Soweit sich also in Deutschland Liegenschaften eines österreichischen Erblassers befinden, scheidet eine Einantwortung durch deutsche Gerichte bereits aufgrund der deutschen und österreichischen IPR-Regeln aus.

bb) Die Vererbung beweglichen Nachlasses eines Österreichers wird vom österreichischen Kollisionsrecht den Normen des Heimatrechts des Erblassers, also österreichischem Recht unterstellt³³⁾. Eine das materielle Recht betreffende ausdrückliche Regelung besteht zwar nicht, jedoch ergibt sich aus der Regelung des § 21 AußStrG iVm §§ 105, 100 JN eine grundsätzliche Zuständigkeit der österreichischen Gerichte zur Ab-

30) Köhler, Internationales Privatrecht auf der Grundlage der Judikatur, 120 f.; Nußbaum, Deutsches IPR, 371; Walker, IPR, 973; die deutsche Literatur und Rechtsprechung folgen dieser Ansicht: vgl. Ferid-Firsching, Internat. ErbR, Österreich Grdz. 2 CIII, RNR. 12.

31) § 300 ABGB lautet: Unbewegliche Sachen sind den Gesetzen des Bezirkes unterworfen, in welchem sie liegen; alle übrigen Sachen hingegen stehen mit der Person des Eigentümers unter gleichen Gesetzen.

32) Ferid-Firsching, Internat. ErbR I, Deutschland, RNR. 42.

33) Firsching, DNotZ 1963, 329 (332); Walker, IPR, 794.

handlung der beweglichen Nachlaßgegenstände eines Inländers, woraus wiederum die Maßgeblichkeit österreichischen materiellen Rechts folgt³⁴⁾. Für beweglichen Nachlaß gilt also das Staatsangehörigkeitsprinzip³⁵⁾. Unerheblich sind Wohnsitz und Todesort des Erblassers sowie Lage des Nachlasses im In- oder Ausland³⁶⁾.

Zusammenfassend ergibt sich, daß aus international-privatrechtlichen Gründen in der Hauptsache nur dann die Vornahme einer Einantwortung durch inländische Richter infrage kommt, wenn

- a) in einem Erbfall nach einem österreichischen Staatsangehörigen
- b) dessen Erben nicht-deutscher Staatsangehörigkeit
- c) die Erbenstellung in bezug auf beweglichen Nachlaß erlangen wollen.

34) Vgl. FN 10; Ferid-Firsching, Internat. ErbR I, Österreich, RNr. 32.

35) Walker, IPR, 794.

36) Ferid-Firsching, Internat. ErbR I, Österreich, RNr. 13.

B. Internationalverfahrensrechtliche Fragen

Die Bejahung der Frage nach der Maßgeblichkeit österreichischen Erbrechts führt, vor allem angesichts der Verschiedenartigkeit der Erbfolgeregelungen, zu der Problematik, ob und welche Möglichkeiten zur gerichtlichen Realisierung der österreichischen Erbfolge durch deutsche Behörden bestehen¹⁾.

I. Eine Realisierung der österreichischen Erbfolge von deutscher Seite erschiene dann ausgeschlossen, wenn es hierzu an der deutschen Gerichtsbarkeit fehlte. Ohne daß zu den unterschiedlichen terminologischen Abgrenzungen des Begriffes Gerichtsbarkeit Stellung genommen werden soll, wird im folgenden im Anschluß an Heldrich²⁾ unterschieden zwischen der "Gerichtsbarkeit im völkerrechtlichen Sinne" als der Befugnis des Einzelstaates, auf seinem Territorium hoheitlichen Gerichtszwang auszuüben und der "Gerichtsbarkeit im innerstaatlichen Sinn", aus der sich ergibt, wie weit der Einzelstaat von dieser ihm zustehenden Befugnis Gebrauch gemacht hat.

-
- 1) Eine nähere Stellungnahme zu der Frage, in welcher Reihenfolge bei Fällen mit Auslandsberührung die notwendigen Prüfungen (Prüfung der formellen Voraussetzungen des richterlichen Tätigwerdens sowie Feststellung, welches materielle Recht anzuwenden ist) vorgenommen werden können bzw. müssen, soll hier unterbleiben, da aus derartig formalen Kriterien keine Argumente für die Themafrage gewonnen werden können. Zu dieser Problematik im einzelnen vgl. v. Craushaar, Internat. Anwendbarkeit, 7; Reich, wesensverschiedene Verrichtungen, 5 ff. (7); Neuhaus, NJW 1967, 1167 (1168). Daß die aus dem Gedankengang hergeleiteten Bedenken im übrigen nicht schwerwiegend sind, zeigt überzeugend Schlechter, Ausl. ErbR. 11 FN 35; vgl. auch Schweizer, NJW 1967, 428; ders., die Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts, 259 ff.
- 2) Vgl. Heldrich, Internat. Zust., 89.

1) Die Gerichtsbarkeit im völkerrechtlichen Sinne, die bei auf deutschem Territorium anfallenden Rechtsangelegenheiten grundsätzlich aus der Gebietshoheit folgt³⁾, könnte bei den hier infrage stehenden Erbfällen lediglich dann fehlen, wenn dieser Grundsatz von allgemein-völkerrechtlichen Exemtio-nen oder völkerrechtlichen Verträgen durchbrochen wäre. Solche Durchbrechungen kommen hier nicht in Betracht.

2) Das grundsätzliche Bestehen der Gerichtsbarkeit im innerstaatlichen Sinne, das sich u. a. daraus ergeben kann, daß der Gesetzgeber mit einer kollisionsrechtlichen Verweisung auf fremdes Sachrecht den inländischen Gerichten im Prinzip den Auf-trag erteilt, die von ausländischen Sachnormen etwa geforder-ten Verrichtungen vorzunehmen⁴⁾, folgt in den hier zu behandeln-den Fällen aus der oben festgestellten Maßgeblichkeit öster-reichischen Erbrechts.

II) Die also im Prinzip gegebene deutsche Gerichtsbarkeit im innerstaatlichen Sinne könnte hier jedoch dann fehlen, wenn grundsätzlich die Maßgeblichkeit ausländischen Erbrechts zu einem Ausschluß der internationalen Zuständigkeit der deut-schen Nachlaßgerichte führte.

1. Der Begriff der "internationalen Zuständigkeit"⁵⁾ wird hier - ohne Rücksicht auf Mängel an begrifflicher Klar-heit - im Sinne der heute auch auf dem Gebiete der freiwilli-gen Gerichtsbarkeit überwiegenden Meinung der Literatur⁶⁾

3) Heldrich, Internat. Zust., 78 ff.

4) Dölle, RabelsZ 27 (1962/63), 230; Gamillscheg, Festschrift für Dölle II, 292; Heldrich, Internat. Zust., 260.

5) Zur Kritik daran vgl. Heldrich, Internat. Zust., 70 f., mit ausführlichen Nachweisen.

6) Vgl. Beitzke, FamRZ 1967, 592 ff.; v. Craushaar, Internat. Anwendbarkeit, 3; Dölle, RabelsZ 27 (1962/63), 206; Geimer, Gerichtsbarkeit und Internat. Zust., 69 f., 95 ff.; Heldrich, Internat. Zust., 69; Kegel, IPR, 373 ff.; Kralik, ZZP 74 (1961), 2; Lent-Jauernig, Zivilprozeßrecht, 15; Matthies, Internat. Zust., 7; H. Müller, Internat. Zust., 182 f.; Neuner, Internat. Zust., 1; Neuhaus, RabelsZ 20 (1955) 206; Pagenste-cher, RabelsZ 11 (1937) 344; Swoboda, InternatR der FWG 22; Soergel-Siebert-Kegel, vor Art. 7, RNr. 369.

und wohl auch der Rechtsprechung gebraucht⁷⁾: Die Regeln der "internationalen Zuständigkeit" beantworten in Fällen der Auslandsbeziehungen die Frage nach der Zuständigkeit der Gerichte eines bestimmten Staates in ihrer Gesamtheit. Sie sind also zu unterscheiden

- a) von den Regeln über das anzuwendende Sachrecht (Kollisionsrecht)
- b) von den Regeln über die Gerichtsbarkeit im innerstaatlichen sowie im völkerrechtlichen Sinne
- c) von den Regeln über die örtliche Zuständigkeit der Gerichte innerhalb eines Staates
- d) von den Regeln über die Aufgabenteilung unter den Gerichten eines Staates.

Die Regeln über die internationale Zuständigkeit beantworten nun zwei Fragenkreise: Zum einen - als Grundlage für die Anerkennung eines ausländischen Gerichtsaktes im Inland - die Frage nach der Zuständigkeit ausländischer Gerichte - zum anderen die Frage nach Recht und Pflicht der deutschen Gerichte zum Tätigwerden⁸⁾.

In der vorliegenden Arbeit steht lediglich das Tätigwerden deutscher Nachlaßgerichte in Fällen mit Beziehungen nach Österreich infrage - sie kann sich daher auf die Prüfung der letztgenannten Frage beschränken.

2. Eine eindeutige Festlegung der Zuständigkeit deutscher Nachlaßgerichte für die Behandlung von Erbfällen, die

7) Vgl. in jüngerer Zeit auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit: KG 18.1.1960, IPRspr. 1960/61 Nr. 137; 14.9.1961, IPRspr. 1960/61 Nr. 112; 22.11.1962, IPRspr. 1962/63 Nr. 223; OLG Oldenburg 21.5.1960, IPRspr. 1960/61 Nr. 225; BayObLG 26.5.1961, BayObLGZ 1961, 179; 2.12.1965 BayObLGZ 1965, 423; 8.5.1967 BayObLGZ 1967, 197; 18.9.1967 BayObLGZ 1967, 338; für das Gebiet des Zivilprozeßrechts grundlegend: BGH 14.6.1965 (GrS) BGHZ 44, 46. Zu der vor allem früher unklaren Haltung der Rechtsprechung vgl. Heldrich, Internat. Zust., 72 ff.

8) Vgl. Neuner, Internat. Zust., 14.

sich nach ausländischem materiellen Recht richten, ist nicht ersichtlich:

a) Ausdrückliche gesetzliche Regeln enthalten weder FGG, BGB, EGBGB noch sonstige Kodifizierungen.

b) Eine ausdrückliche staatsvertragliche Regelung, wie sie das nicht mehr in Kraft befindliche DÖNA⁹⁾ in § 8 enthielt, liegt zur Zeit nicht vor und ist in absehbarer Zukunft nicht zu erwarten¹⁰⁾.

c) Auch vom Bestehen eines Gewohnheitsrechts, das sich ohne Auseinandersetzung mit den Gründen seines Entstehens auf derartige Fälle anwenden ließe, kann nicht ausgegangen werden¹¹⁾: Zwar wurde bis vor kurzem von den Gerichten in ständiger Rechtsprechung eine Zuständigkeit zum Tätigwerden in einer ausländischen Rechtsordnung unterliegenden Erbfällen abgelehnt¹²⁾. Abgesehen von dem grundsätzlichen Bedenken, ob durch bloßen Gerichtsgebrauch überhaupt ein den Richter bindendes Gewohnheitsrecht entstehen kann¹³⁾, ergibt sich hier, daß gegen die Ansicht

9) Vgl. S. 43 FN. 1.

10) Vgl. S. 43 f.

11) Vgl. Heldrich, Internat. Zust., 134; ders., NJW 1967, 419.

12) Vgl. KG 29.12.1902, KGJ 25 A 241 (243); 11.5.1908, KGJ 36 A 102 (106 f.); 11.7.1911, KGJ 41 A 62 ff.; 23.12.1926, IPRspr. 1926/27 Nr. 91; 8.2.1934, IPRspr. 1934 Nr. 72; 4.2.1937, JFG 15, 78 ff.; 21.3.1940, JFG 21, 203 (204); LG Schwerin 6.5.1902 und OLG Rostock 16.12.1902; NiemZ 13 (1902), 174 ff.; OLG Dresden, 17.2.1914, KGJ 47 A 238 (239); 15.1.1929, IPRspr. 1929 Nr. 93; BayObLG 19.12.1920, BayObLGZ 19, 373 (375); 27.3.1956 BayObLGZ 1956, 119 (121); 7.2.1958, BayObLGZ 1958, 34 (37); 27.10.1959, BayObLGZ 1959, 390 (398); OLG Neustadt 25.5.1951 JZ 1951, 644 (645) mit Anm. von Neuhaus; LG Koblenz 17.7.1958, JZ 1959, 316 mit Anm. von Drob-nig. Abweichend OLG Dresden 9.5.1906 DNotZ 7 (1907), 324; 20.12.1906, OLG 14, 153 (aufgegeben durch Entscheidung vom 17.2.1914 KGJ 47 A 238); BayObLG 10.2.1913, BayObLGZ 14, 74 (78); AG München 29.12.1927, IPRspr. 1928 Nr. 95.

13) Vgl. im einzelnen Larenz, Methodenlehre, 271 ff.; Esser, Festschrift für Hippel 1967, 116 ff.

der Rechtsprechung schon früher und heute in zunehmendem Maße Bedenken und Widerspruch vorgebracht wurden und werden¹⁴⁾, und daß in jüngster Zeit auch abweichende obergerichtliche Entscheidungen ergangen sind¹⁵⁾. Unter diesen Umständen können die Voraussetzungen für die Entstehung eines zuständigkeitsausschließenden Gewohnheitsrechts - dauernde Übung und allgemeine Rechtsüberzeugung¹⁶⁾ - nicht als erfüllt angesehen werden.

3. Es müssen daher die von Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Lösung der Frage nach der internationalen Zuständigkeit herangezogen werden. Wie das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung und das Bestehen weit divergierender Interessen¹⁷⁾ bei der Beurteilung dieser oftmals fallentscheidenden Frage naheliegend erscheinen läßt, hat sich auf diesem Gebiet ein Katalog unterschiedlicher Meinungen gebildet. Bezüglich der zahlreichen möglichen Anknüpfungspunkte, Abgrenzungs- und Einordnungskriterien liegen, auch im Bereich der Nachlaßangelegenheiten, bereits eingehende Untersuchungen vor¹⁸⁾, die so weit gediehen sind, daß sogar schon ein Reformentwurf zur gesetzlichen Regelung des internationalen Nachlaßrechts geschaffen wurde¹⁹⁾. Da es nicht Aufgabe dieser, auf eine Spe-

14) Zuerst wohl Niemeyer, NiemZ 13 (1903) 21 ff.; heute u. a. von Heldrich, Internat. Zust., 10 IV (211 ff.); ders., NJW 1967, 417 ff.; v. Craushaar, Internat. Anwendbarkeit, 9 f.; Dölle, RabelsZ 27 (1962/63), 232 f.; Drobnig, JZ 1959, 317 ff.; Neuhaus, JZ 1951, 646; ders., NJW 1967, 1167; Schlechtriem, Ausl. ErbR 8.

15) BayObLG 26.5.1961, BayObLGZ 1961, 176 ff.; 2.12.1965, BayObLGZ 1965, 423; 8.5.1967, BayObLGZ 1967, 197 (202 f.); 18.9.1967 BayObLGZ 1967, 338 (342); KG 22.11.1962, IPRspr. 1962/63, Nr. 223.

16) Vgl. Larenz, NJW 1951, 497.

17) Eingehend hierzu Heldrich, Festschrift für Ficker 205 ff.; ders., Internat. Zust., 102 ff.

18) Vgl. die in FN 5 der Einführung aufgeführten Arbeiten.

19) Vorschläge für eine Reform des deutschen internationalen Erbrechts, vorgelegt durch die zweite Kommission (Erbrechtskommission) des Deutschen Rates für internationales Privatrecht, Nachlaßverfahren § E und F; abgedruckt bei Lauterbach, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts.

zialfrage beschränkten Arbeit sein kann und soll, eine weitere Erörterung dieser Ansichten in grundsätzlicher Allgemeingültigkeit beanspruchender Weise vorzunehmen, werden hier lediglich die Grundzüge der in Nachlaßsachen sich bislang zwischen zwei Extrempunkten bewegenden gegensätzlichen Meinungen dargestellt.

Auf der einen Seite steht eine grundsätzliche Verneinung der internationalen Zuständigkeit bei Anwendbarkeit ausländischen Erbrechts (sog. Gleichlaufgrundsatz) - allerdings modifiziert durch einige gesetzliche und sonstig anerkannte Durchbrechungen.

Die andere Seite lehnt übereinstimmend den Gleichlaufgedanken ab und fordert großteils die grundsätzliche Bejahung der internationalen Zuständigkeit bei Vorliegen der örtlichen Zuständigkeit - modifiziert durch bestimmte Kriterien zur Abschirmung der deutschen Nachlaßgerichte gegen unerfüllbare Anforderungen einer ausländischen Rechtsordnung.

a) Ansatzpunkt aller Überlegungen bildet der Grundsatz des Gleichlaufs von Gerichtszuständigkeit und Rechtszuständigkeit, nach dem die internationale Zuständigkeit jeweils den Gerichten des Staates zugesprochen wird, dessen Sachrecht für den zu entscheidenden Fall internationalprivatrechtlich maßgebend ist.

Da hier nur die Frage nach der deutschen Gerichtszuständigkeit bei maßgeblichem österreichischen Sachrecht zu entscheiden ist, erübrigt sich eine Erörterung der Argumentationen, die sich mit der Begründung der inländischen Zuständigkeit als Folge der Maßgeblichkeit inländischen Sachrechts befassen.

Hier interessiert lediglich, ob und wie die Maßgeblichkeit fremden Sachrechts die inländische internationale Zuständigkeit beeinflusst.

aa) Die Rechtsprechung praktizierte den Gleichlaufgrundsatz in Teilbereichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, namentlich im Nachlaßverfahren²⁰⁾, lange Zeit hindurch fast ausnahmslos²¹⁾ und schloß demzufolge die inländische internationale Zuständigkeit aus, sobald der zu entscheidende Fall ausländischem Sachrecht unterlag.

(1) Diese Praxis beruht in ihrer Entstehung, wie in letzter Zeit mehrfach überzeugend nachgewiesen wurde²²⁾, letztlich auf einem Mißverständnis internationalprivatrechtlicher Vorschriften²³⁾, das deshalb entstehen konnte, weil damals eine klare Erkenntnis der Grenzen und Unterschiede von internationalem Privat- und Verfahrensrecht sowie internationaler Zuständigkeit noch nicht existierte²⁴⁾.

(a) Die Entwicklung verlief so, daß zunächst das KG²⁵⁾ die Meinung des OLG Dresden²⁶⁾, § 73 FGG regele sowohl örtliche als auch internationale Zuständigkeit mit dem Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 73 FGG ablehnte, weil sich daraus ergebe, daß dort nur die örtliche Zuständigkeit geregelt sei und alle anderen Fragen dem materiellen Recht (!) überlassen werden sollten. Aus dem materiellen Recht aber ergebe sich folgender Anhaltspunkt: Die Regelung des § 2369 BGB sei dann sinnlos, wenn die internationale Zuständigkeit auch bei Maßgeblichkeit ausländischen Erbrechts gegeben sei. § 2369 BGB gestatte die Erteilung des sog. Fremdrechterscheins für

20) Vgl. die Nachweise in FN 9.

21) Zu der abweichenden Tendenz, vor allem des BayObLG FN 15.

22) Vor allem von Heldrich, Internat. Zust., 218 f.; ders., NJW 1967, 417 (419); Wiethölter, Internationales Nachlaßverfahren, 149 u. 161 ff.

23) So auch Schwimann, RabelsZ 34 (1970), 204 f.

24) Eingehend dazu Wiethölter, Internationales Nachlaßverfahren, 161.

25) KG 11.5.1908, KGJ 36 A 102.

26) OLG Dresden 20.12.1906, OLGE 14, 153 später aufgegeben 17.2.1914 KGJ 47 A 238.

Erbfälle, in denen trotz im Inland befindlicher Nachlaßgegenstände ein zuständiges Nachlaßgericht fehle. Ein Fehlen der Zuständigkeit könne sich in solchen Fällen aber nur aus einem Mangel an internationaler Zuständigkeit der deutschen Gerichte ergeben, da eine örtliche Zuständigkeit bei im Inland befindlichen Nachlaßgegenständen immer gem. § 73 III FGG begründet sei. Daraus ergebe sich der Rückschluß, daß die Regelung des § 2369 BGB den Zweck verfolge, die an sich in Fällen der Maßgeblichkeit fremden Erbrechts ausgeschlossene internationale Zuständigkeit zu begründen²⁷⁾. Im übrigen berief sich das KG darauf, es habe schon früher die internationale Zuständigkeit nach der lex causae entschieden²⁸⁾ (ohne daß die hierfür zitierte Entscheidung²⁹⁾ Aufschluß über die Begründung gäbe).

(b) In einer weiteren grundlegenden Entscheidung³⁰⁾ wird zwar die Argumentation mit der Entstehungsgeschichte des § 73 FGG abgelehnt. Statt dessen wird Art. 25 EGBGB dahingehend interpretiert, daß diese kollisionsrechtliche Verweisung auf ausländische erbrechtliche Gesetze auch eine Verweisung auf das ausländische erbrechtliche Verfahren enthalte. Begründet wird diese Interpretation durch analoge Heranziehung des Art. 213 EGBGB, der wiederum dahingehend ausgelegt wird, daß der dort gebrauchte Ausdruck "erbrechtliche Verhältnisse" sowohl das materielle wie auch das Verfahrensrecht umfasse. Ebenso betreffe der Ausdruck "ein Ausländer...wird...beerbt", in Art. 25 EGBGB sowohl Gesetze materiell- wie verfahrensrechtlichen Inhalts. Diese gleichzeitige Verweisung auf ausländisches Verfahrensrecht ergebe zwangsläufig eine Unzuständigkeit der deutschen Gerichte, da diese unstreitig³¹⁾ nur deutsches Verfahrensrecht anzuwenden hätten. Außerdem rechtfertige jeder

27) KG, a.a.O., A 107.

28) KG, a.a.O., A 104.

29) KG 29.12.1902, KGJ 25 A 241.

30) KG 11.7.1908, KGJ 41 A 62.

31) Zur unrichtigen Bezugnahme dieses "unstreitig" vgl. Wiet-
hölter, Internationales Nachlaßverfahren, 148.

Zweifel, ob ein ausländisches Gericht zuständig sei oder inländische Maßnahmen anerkenne, die Untätigkeit deutscher Gerichte und Behörden³²⁾.

(2) Von den späteren Entscheidungen wurde die einmal aufgestellte These meist kritiklos übernommen und zur Unterstützung die Kommentarliteratur herangezogen, die sich ihrerseits auf die Ausgangsentscheidungen der Rechtsprechung bezieht³³⁾.

bb) Die Haltung der Rechtsprechung wurde später durch gewichtige Stimmen der Wissenschaft unterstützt³⁴⁾ und die darauf beruhende Gleichlauftheorie durch ergänzende, modifizierende und auch gänzlich neue Begründungen weniger kritik anfällig gemacht³⁵⁾.

(1) Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist, daß in bestimmten rechtlichen Bereichen eine besonders enge Verknüpfung zwischen materiellem Recht und zugehörigem Verfahrensrecht, einschließlich der Zuständigkeitsregelung, bestehe, die die Folgerung rechtfertige, daß die vom ausländischen materiellen Recht notwendig gemachten und vom Verfahrensrecht geregelten

32) KG 11.7.1908, KGJ 41 A 62 (67).

33) Vgl. Wiethölter, Internationales Nachlaßverfahren, 150.

34) Asch, JW 1925, 1600; Aubin, JZ 1951, 511; Erman-Marquardt, Art. 24, 25 EGBGB Bem. 13 b; Ferid-Firsching, Internat. ErbR, Deutschland, Grdz. CIII RNr. 61; Firsching, ZZP 81 (1968) 302; ders., Deutsch-amerikanische Erbfälle, 152; Habicht, IPR 200; Jansen, FGG § 73 Anm. 8; Josef, JW 1912, 1024 ff.; unter ausdrücklicher Aufgabe der in DNotZ 1904, 199 ff. vertretenen gegenteiligen Auffassung; ders., NiemZ 28 (1920), 330 f.; Keidel, FGG § 73, RNr. 6; Nußbaum, Deutsches IPR, 366; Palandt-Lauterbach, Art. 25 EGBGB Anm. 3; Raape, Internationales Privatrecht, 444; Reichhof, Staatl. Zust., 44 ff.; Reu, Staatl. Zust., 106; Schlegelberger, FGG § 73; RNr. 2; Staudinger-Firsching, § 2353 Anm. 36.

35) Vgl. vor allem Dölle, RabelsZ 27 (1962), 201; Neuhaus, RabelsZ 20 (1955), 201 ff.; ders., Grundbegriffe, 242 ff.

Tätigkeiten nur von den Gerichten des entsprechenden ausländischen Staates verwirklicht werden könnten und sollten, so daß deren internationale Zuständigkeit vorrangig begründet und zu beachten sei³⁶⁾.

Die Bereiche, auf denen dies gelten soll, werden unterschiedlich weit gefaßt - z. T. wird die gesamte freiwillige Gerichtsbarkeit³⁷⁾, z. T. werden lediglich Gestaltungsakte³⁸⁾ erfaßt³⁹⁾.

Zur Begründung dient in der Hauptsache folgende rechtstechnische Konstruktion:

Wegen der engen "Verklammerung" von Sach- und Verfahrensrecht enthalte der Rechtsbefehl des IPR, der ausländisches Recht für maßgeblich erklärt, gleichzeitig die Anweisung, die mit dem Sachrecht eng zusammenhängende Zuständigkeitsregelung der ausländischen Rechtsordnung anzuwenden. Bestimme diese ausdrücklich oder schlüssig eine ausschließliche Zuständigkeit ihrer Gerichte, was mittels Regelung oder durch Versagung der Anerkennung fremder Gerichtsakte geschehen könne, so sei diese Entscheidung von dem deutschen Gericht zu respektieren und demzufolge die eigene internationale Zuständigkeit zu verneinen.⁴⁰⁾

Dies soll nach einem Teil der Vertreter der Gleichlaufthese namentlich für die Arten von Gerichtsagenden gelten, die mehr als bloß erkennende Tätigkeit beinhalten, - also rechtsgestaltende, regelnde oder wenigstens überwachende Tätigkeiten. In diesen Teilbereichen beruhe die Entschei-

36) Dölle, RabelsZ 20 (1955) 213; dazu Schwimann, RabelsZ 34 (1970) 212; Breuleux, Internat. Zust., 137.

37) Sowohl Dölle, RabelsZ 27 (1962) 212 ff., 234 ff.; Dt. Notartag 1961, 35; ihm folgt Bärmann, FwG, 58.

38) So Neuhaus, Grundbegriffe, 242 ff.

39) Vgl. Breuleux, Internat. Zust., 137.

40) Vgl. Dölle, RabelsZ 20 (1955) 213 f.; Zur Frage der "Gesamtverweisung" vgl. Heldrich, Internat. Zust. in der FwG, 12; sowie FN 36.

dungsbefugnis des Richters nicht auf einer allgemeinen Ermächtigung, sondern leite sich aus dem Inhalt der materiellen Norm - also einer speziellen Ermächtigung - ab. Dieser Zuständigkeitsauftrag sei Teil oder Zubehör der maßgeblichen materiellen Norm⁴¹⁾. Mit der vom IPR ausgesprochenen Maßgeblichkeit dieser Norm sei eine von der ausländischen Rechtsordnung für die ausländischen Gerichte beanspruchte Zuständigkeit anzuerkennen und zu beachten⁴²⁾. Unsere Rechtsordnung verzichte insofern auf eine eigene (konkurrierende) Zuständigkeit, wenn nicht das ausländische Sachstatut erkennen lasse, daß es die Rechtsgestaltung in concreto auch ausländischen Gerichten zugestehende und damit eine die inländische internationale Zuständigkeit begründende "Zuständigkeitsrückverweisung" vorläge.

(2) Leitgedanke dieser Konstruktion ist, durch Anerkennung der ausländischen Zuständigkeitsregelung ein konkurrierendes Tätigwerden der Gerichte der verschiedenen Staaten in der gleichen Angelegenheit zu vermeiden und auf diese Weise der Gefahr divergierender Entscheidungen zu begegnen⁴³⁾. Damit soll vor allem das Entstehen "hinkender Rechtsverhältnisse" unterbunden werden - ein Anliegen, das auf dem Gebiet der rechtsgestaltenden Gerichtsagenden besonders vordringlich sei⁴⁴⁾.

cc) Sowohl Rechtsprechung als auch Lehre lassen in gewissem Rahmen Durchbrechungen des Gleichlaufsprinzips zu, die in vielen Fällen untragbare Konsequenzen dieses Prinzips ver-

41) Raape, Staatsangehörigkeitsprinzip, 108; H. Müller, Internat. Zust., 191.

42) Vgl. Neuhaus, Grundbegriffe, 244 f.; ders., FamRZ 1959, 482; ders., NJW 1967, 1168; ders., JZ 1966, 241; vgl. dazu Schwimann, RabelsZ 34 (1970), 213; Heldrich, Internat. Zust., 250.

43) Vgl. Wiethölter, Internat. Nachlaßverfahren, 179.

44) Vgl. Heldrich, Internat. Zust., 154 und 235.

meiden helfen.

(1) Gesetzliche Ausnahmen ergeben sich aus den Vorschriften der §§ 2369, 2368 III BGB, wonach die internationale Zuständigkeit deutscher Nachlaßgerichte trotz Anwendbarkeit ausländischen Erbrechts für die Erteilung eines Erbscheins bzw. Testamentsvollstreckerzeugnisses bezüglich im Inland befindlicher Nachlaßgegenstände besteht.

(2) Mit der Berufung auf internationales Gewohnheitsrecht erkennt die Judikatur Ausnahmen vom Gleichlaufdogma für vorläufige Sicherungsmaßnahmen betreffend nach ausländischem Recht vererbliche Nachlässe an⁴⁵⁾.

(3) Von einigen Gerichten werden Durchbrechungen für besonders gelagerte IAG-Fälle zugestanden⁴⁶⁾.

(4) In der Literatur werden allgemeiner gehaltene Abweichungen postuliert. Zum Teil wird eine besondere "Notzuständigkeit" für Eilfälle anerkannt⁴⁷⁾, teilweise wird die sog. Notzuständigkeit vom Bestehen eines besonderen Fürsorgebedürfnisses abhängig gemacht⁴⁸⁾.

Mit der Anerkennung dieser Ausnahmen soll vor allem einer Rechtsverweigerung für die Betroffenen vorgebeugt werden⁴⁹⁾.

45) KG 29.12.1902, KGJ 25 A 241 (243); 3.6.1908, KGJ 36 A 85 (86); 8.12.1921, KGJ 53 A 77 (79); 23.12.1926, IPRspr. 1926-27 Nr. 91; 8.2.1934, IPRspr. 1934 Nr. 72; 4.2.1937, JFG 15, 78 (82); BayObLG 22.2.1963, MDR 1963, 683; BGH 26.10.1967, BGHZ 49, 1 (2).

46) Vgl. beispielsweise KG 23.11.1961, NJW 1962, 258; anderer Meinung z. B. das BayObLG, BayObLGZ 1956, 119; vgl. ausführlich Wiethölter, Internat. Nachlaßverfahren, 156 f.

47) Neuhaus, Grundbegriffe, 244 Anm. 589.

48) Dölle, RabelsZ 27 (1963), 220 ff.

49) Dölle, RabelsZ 27 (1963), 234; Neuhaus, Grundbegriffe, 244 Anm. 589; Breuleux, Internat. Zust., 140.

b) Der Gleichlaufgrundsatz bildet vor allem in jüngerer Zeit auch in seiner durch die genannten Durchbrechungen gemilderten Form Gegenstand mannigfacher Kritik von Seiten der Wissenschaft⁵⁰⁾, was auch nicht ohne Einfluß auf die Haltung der Rechtsprechung geblieben ist⁵¹⁾.

aa) Zunächst wurde mehrfach mit überzeugender Argumentation nachgewiesen, daß die von der Rechtsprechung gelegte

50) Bereits sehr früh: Niemeyer, NiemZ 13 (1903), 21 ff.; Swoboda, Internat. R der FWG, 27 (51 ff. betr. Nachlaßangelegenheiten); Frankenstein, IPR IV, 601; in neuerer Zeit: Bauer, Compétence judiciaire, 17 f., 63; v. Craushaar, Internat. Anwendbarkeit (klammert allerdings Fragen der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus) 7 ff.; Heldrich, Internat. Zust., 214; ders., Internat. Zust. in der FWG, 16; ders., NJW 1967, 417; ders., JZ 1967, 675; Jacobs, Die perpetuatio fori, 47; Reich, Wesensverschiedene Verrichtungen, 16 f.; Reichelt, 82 f. Rvgl. 1969, 311 f.; Schlechtriem, Ausl. ErbR, 10; Schwimann, FamRZ 59, 325; ders., RabelsZ 34 (1970), 219 f.; Schröder, FamRZ 1970, 108; Soergel-Siebert-Kegel, vor Art. 24 RNr. 57; Wiethölter, Internat. Nachlaßverfahren, 182 f. nicht ganz eindeutig, ob lediglich für eine Lockerung oder eine Aufgabe des Gleichlaufprinzips: Drobnig, JZ 1959, 318; angesichts dieser Fülle von ablehnender Äußerung kann die Gleichlauftheorie wohl nicht mehr als herrschende Meinung in der Literatur bezeichnet werden. Anders noch z. B. Schlechtriem, Ausl. ErbR, 10.

51) Vgl. die Rechtsprechungsnachweise in FN 15; besonders klar: OLG Hamm 19.12.1968, FamRZ 1969, 336 (337) = NJW 1969, 373 (374): Daß der Gleichlauf zwischen materiellem und formellem Recht in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht mehr als unumstößliche Voraussetzung für die deutsche internationale Zuständigkeit zu fordern ist, haben Rechtsprechung und Schrifttum in neuerer Zeit wiederholt dargelegt. (Anm. d. Verf.: Es folgen Nachweise) Diese Entwicklung ist zu begrüßen, denn es ist angesichts der vollen Justizförmigkeit des Verfahrens nach dem FGG kein Grund dafür ersichtlich, weshalb die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit anders als die der streitigen nur befähigt sein sollten, bei Anwendung deutschen Rechts zu entscheiden. Weder die persönlichen noch die sachlichen Voraussetzungen der Rechtsanwendung gebieten ganz allgemein eine unterschiedliche Handhabung in beiden Gerichtszweigen.

Grundlage für das Gleichlaufprinzip - nämlich die Hinweise auf Entstehungsgeschichte und Zusammenspiel einiger EGBGB-, BGB- sowie FGG-Vorschriften - einer genauen Überprüfung nicht standhält⁵²⁾.

Die Entstehungsgeschichte sowohl des BGB als auch des FGG zeigen, daß dort jeweils die Fragen der internationalen Zuständigkeit sowie des internationalen Nachlaßverfahrensrechts ausgeklammert wurden⁵³⁾. Daß danach die Regelung des § 2369 BGB, die in Erwartung einer später aber nicht getroffenen, anderweitigen Regelung der Zuständigkeiten als "Vorratsnorm"⁵⁴⁾ geschaffen wurde, weitgehend (und dennoch nicht vollkommen⁵⁵⁾) überflüssig ist, erscheint nicht verwunderlich.

Die Strapazierung des Wortlauts der internationalprivatrechtlichen Vorschrift des Art. 25 EGBGB bis über die Grenze des Vertretbaren hinaus mittels Heranziehung der intertemporalen Norm des Art. 213 EGBGB wurde mehrfach richtig als unhaltbar erkannt⁵⁶⁾. Bei einer derartigen Auslegung wäre ebenso zu begründen, daß die deutschen Nachlaßgerichte gerade verpflichtet sind, mit dem ausländischen materiellen Erbrecht auch das zugehörige Verfahrensrecht anzuwenden⁵⁷⁾.

52) So teilweise schon Josef, DNotZ 4 (1904), 199 ff. (201 ff.); ders., JW 1912, 1024; in letzter Zeit wieder eingehend: Heldrich, NJW 1967, 419; ders., Internat. Zust. 218 ff.; Schlechtriem, Ausl. ErbR, 9 f.; Wiethölter, Internat. Nachlaßverfahren, 149, 161 ff.

53) Wiethölter, Internat. Nachlaßverfahren, 162 f. für § 73 FGG, 163 f. für § 2369 BGB.

54) Wiethölter, Internat. Nachlaßverfahren, 164; Schlechtriem, Ausl. ErbR, 9, spricht von einer "Vorsichtsmaßregel".

55) Daß für § 2359 BGB dennoch ein, wenn auch geringer Anwendungsbereich bleibt, weist Reich, Wesensverschiedene Verrichtungen, 22, nach; vgl. auch Heldrich, Internat. Zust., 220, FN 64.

56) Heldrich, Internat. Zust., 220 f.; Reichhof, Staatl. Zust., S. 44 ff.; Schlechtriem, Ausl. ErbR 8 f.; Wiethölter, Internat. Nachlaßverfahren, 149.

57) Heldrich, Internat. Zust., 221; ähnlich: Wiethölter, a.a.O.

bb) Aber auch gegen die Thesen der Gleichlaufanhänger im übrigen werden gewichtige Argumente vorgebracht, die sich im hier interessierenden Teilbereich vergrößernd auf drei Hauptgesichtspunkte beschränken lassen: Einmal wird die dogmatische Konstruktion der Gleichlaufthese angegriffen, zum anderen wird ihre Praktikabilität im Rechtsalltag bezweifelt, vor allem aber werden ihr untragbare Auswirkungen für die betroffenen Rechtssuchenden vorgeworfen.

(1) Der dogmatische Ausgangspunkt der Gleichlauftheorie - nämlich die besonders enge Verknüpfung von Sachrecht und Verfahrensrecht in ihrem Geltungsbereich, der außerstreitigen Gerichtsbarkeit - wird aus mehrfachen Gründen angezweifelt. Einmal seien etwa im Bereiche der streitigen Zivilgerichtsbarkeit - wo anerkanntermaßen der Gleichlaufgrundsatz nicht gilt⁵⁸⁾ - teilweise ebensolche engen Verknüpfungen von Sach- und Verfahrensrecht nachzuweisen, andererseits weise die freiwillige Gerichtsbarkeit Teilgebiete auf, wo kein engerer Zusammenhang zwischen beiden Normenkomplexen als auf bestimmten Gebieten der streitigen Gerichtsbarkeit bestehe⁵⁹⁾. Weiter stelle die freiwillige Gerichtsbarkeit keinen logisch in sich geschlossenen Normenbereich dar, für den allgemeine Regeln festgelegt werden könnten⁶⁰⁾. Damit sei der Umfang des Anwendungsbereiches des Gleichlaufgrundsatzes von der teils historisch zu verstehenden, mehr oder minder zufälligen Zugehörigkeit eines bestimmten Verfahrens zur streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit abhängig. Die historische Tatsache, daß die freiwillige Gerichtsbarkeit ursprünglich ein Zweig der öffentlichen Verwaltung war⁶¹⁾, könne heute angesichts der vollen

58) Heldrich, Internat. Zust., 199; Reu, Staatl. Zust., 31; Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände im IPR, 82; Wahl, RabelsZ 10 (1936), 41.

59) Heldrich, Internat. Zust., 202.

60) Heldrich, Internat. Zust. in der FwG, 2.

61) Vgl. dazu Reu, Staatl. Zust., 30.

Justizförmigkeit des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Begründung mehr für eine unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Verfahrensbereiche geben⁶²⁾. Hinzu kommt, daß die bereits fragwürdige inländische Grenzziehung zwischen freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit nach ausländischen Rechtsordnungen anders erfolgen oder überhaupt fehlen könne. Dies könne bei Anwendung des Gleichlaufgrundsatzes auf nach inländischem Recht als Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzusprechende Gerichtstätigkeiten zu den mißlichen Folgen von "lex-foi"-Qualifikationen führen⁶⁴⁾. Aus ähnlich gear- teten Gründen ebensowenig einleuchtend sei weiterhin, daß ein- zelne Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit von dem Gebot des Gleichlaufs ausgenommen seien⁶⁵⁾, während dieses auf an- deren Teilgebieten, wohl mehr aufgrund einer historischen Ent- wicklung, streng zu beachten sei⁶⁶⁾. Auch die eingeschränkte Form der Gleichlauftheorie - Geltung nur für Gestaltungsakte, Berücksichtigung einer Inanspruchnahme durch die fremde Rechts- ordnung - wird kritisiert. Abgesehen von den Unklarheiten, was als Gestaltungsakt zu qualifizieren sei⁶⁷⁾ und nach welcher

-
- 62) Vgl. dazu OLG Hamm, 19.12.1968, NJW 1969, 373 (374) im Wortlaut zitiert oben in FN 51; Heldrich, Internat. Zust. in der FwG, 7; Booß, Wesenseigene Zust., 62; Wahl, RabelsZ 10 (1936), 47.
- 63) Dazu v. Craushaar, Internat. Zust., 8; Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, "Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung" in Uppsala 1966; Schwimann, FamRZ 1959, 331, Anm. 80; ders., RabelsZ 34 (1970), 212.
- 64) Schwimann, RabelsZ 34 (1970), 212 f.; Wiethölter, Internat. Nachlaßverfahren, 178.
- 65) Vgl. dazu die Judikatur in Vormundschaftssachen, beispiels- weise KG 10.2.1933, IPRspr. 1933 Nr. 47; RG 25.1.1940, RGZ 162, 329 (335 f.); BayObLG 21.2.1919, OLGRspr. 40, 86; 16.1.1959, BayObLGZ 1959, 8 (16).
- 66) Vgl. die Nachweise der Rechtsprechung in Nachlaßsachen oben in FN 9; dazu ausführlich Heldrich, Internat. Zust. in der FwG, 7.
- 67) Dazu Heldrich, Internat. Zust., 186 f. und 232.

Rechtsordnung diese Qualifikation vorgenommen werden müsse⁶⁸⁾, dürfe für diese prinzipiell nichts anderes gelten als für andere Gerichtsakte. Die Ermächtigung zur Verwirklichung von Rechtsgestaltungen im Inland beruhe, wie jede Ermächtigung zu einer gerichtlichen Tätigkeit, primär auf dem Willen der inländischen Rechtsordnung - die Stellungnahme einer ausländischen Rechtsordnung hierzu sei prinzipiell ohne Belang. Grundsätzlich lasse sich nicht begründen, warum der Verweisung des inländischen internationalen Privatrechts auf ausländisches Sachrecht weniger Folge geleistet werden solle als der Entscheidung einer ausländischen Rechtsordnung, die Anwendung ihrer Normen bestimmten Gerichten zuzuweisen. Dies gelte sowohl für den Fall, daß die ausländische Rechtsordnung eine konkurrierende oder ausschließliche Zuständigkeit fremder Gerichte bestimme, als auch dafür, daß sie ein fremdes Tätigwerden nicht billige⁶⁹⁾. Zudem sei ein "Wille" fremder Rechtsordnungen, die Verwirklichung ihres materiellen Rechts lediglich den eigenen Gerichten vorzubehalten, selten zu finden - die hierfür angeführten Indizien seien oft nicht hinreichend⁷⁰⁾.

(2) Wenn - auch nur unausgesprochen - ein Zweck des Gleichlaufprinzips darin besteht, den deutschen Gerichten die Schwierigkeiten zu ersparen, die sich aus der Verknüpfung der inländischen Verfahrensregeln mit ausländischen materiellen Rechtssätzen ergeben⁷¹⁾, so ist in diesem Zusammenhang das Argument der Gleichlaufgegner zu berücksichtigen, daß auch die Anwendung der eingeschränkten Gleichlauftheorie - konsequent durchgeführt - den Richter vor nur sehr schwer lösbare Probleme stelle: Müsse nämlich der deutsche Richter sein Tätigwerden bei Maßgeblichkeit ausländischen Rechts von der Billigung der

68) Vgl. dazu Riezler, IZPR, 242 f.; Schwimann, RabelsZ 34 (1970), 214.

69) Heldrich, Internat. Zust., 251 f.; Kegel, IPR, 334 ff.; Jacobs, Die perpetuatio fori, 41 f.; Schwimann, RabelsZ 34 (1970), 215 ff.

70) Schwimann, RabelsZ 34 (1970), 208 f. und 210.

71) Vgl. dazu Heldrich, Internat. Zust. in der FwG, 7.

ausländischen Rechtsordnung abhängig machen, so bedinge dies eine zweifache, schwierige Prüfung: Einmal müsse die oft nur schwer zu beantwortende Frage geklärt werden, ob in irgendwelchen Regeln der ausländischen Rechtsordnung eine solche Billigung ausdrücklich oder (häufig) in irgendeiner Form schlüssig versagt oder zugestanden werde. Beim Auffinden einer Billigung müßte aber zusätzlich noch Klarheit darüber geschaffen werden, ob auch die inländische Rechtsordnung die in der Billigung liegende Zuständigkeitszuweisung akzeptiere⁷²⁾. Die dadurch bedingte Komplizierung des richterlichen Prüfungsvorganges rechtfertige es, der Gleichlauftheorie Impraktikabilität vorzuwerfen⁷³⁾.

(3) Die bisher gezeigten, eher als "rechtstechnisch" zu bezeichnenden Einwände gegen die Gleichlauftheorie werden überschattet von dem Hauptanliegen der Gleichlaufgegner: Sie stehen übereinstimmend auf dem Standpunkt, die Gleichlauftheorie berge, sowohl in ihrer strengen Form als auch gemildert mittels der genannten Einschränkungen, die Gefahr einer zu geringen Berücksichtigung der Interessen der Rechtsuchenden, die im Extremfall zu einer Rechtsschutzversagung ausarten können⁷⁴⁾. Hierfür werden zunächst die Fälle angeführt, in denen von den Betroffenen Gerichtsschutz seitens der Behörde des internationalprivatrechtlich maßgeblichen Rechtskreises aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen (Fluchtbewegungen etc.) nicht erlangt werden kann⁷⁵⁾.

72) Vgl. Schwimann, RabelsZ 34 (1970), 208 f.; ähnlich Heldrich, Internat. Zust. 253.

73) Vgl. Schwimann, RabelsZ 34 (1970), 221 f.

74) Vgl. die Zusammenstellung bei Wiethölter, Internationales Nachlaßverfahren, 172 ff.; im Einzelnen Bauer, Compétence Judiciaire, 17; Booß, Wesenseigene Zust., 64; v. Craushaar, Internat. Anwendbarkeit, 8 f.; Heldrich, Internat. Zust., 204 ff., 237 f.; ders., Internat. Zust. in der FwG, 14 ff.; Jacobs, Die perpetuatio fori, 47; Reich, Wesensverschiedene Verrichtungen, 20; Schlechtriem, Ausl. ErbR, 10.

75) Vgl. das von Heldrich, Internat. Zust., 238 gegebene Beispiel.

Weiter verlange aber auch eine den heutigen internationalen Bedürfnissen angepaßte Rechtsordnung die Gewährung effektiven Rechtsschutzes dergestalt, daß unnötige Erschwernisse, Kosten und Verzögerungen, wie sie zu leicht durch die Verweisung an entfernte ausländische Gerichte entstanden, für die Betroffenen tunlichst vermieden würden⁷⁶⁾. Dies sei nur dadurch zu erreichen, daß als Anknüpfungspunkt für die internationale Gerichtszuständigkeit andere Kriterien als die Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung und die Beachtung von deren Zuständigkeitszuweisungen gewählt würden⁷⁷⁾.

cc) Gerade im Hinblick auf das Interesse der Betroffenen an einem effektiven Gerichtsschutz wird daher von den Gleichlaufgegnern überwiegend gefordert, die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte dann zu bejahen, wenn nach den Regeln über die örtliche Zuständigkeit ein inländischer Gerichtsstand gegeben sei⁷⁸⁾. Hierfür spreche nicht nur das "negative Argument", die Verneinung der internationalen Zuständigkeit bei Anwendbarkeit fremden Rechts könne zur Rechtsverweigerung führen⁷⁹⁾, sondern diese Auffassung lasse sich

76) Vgl. etwa v. Craushaar, Internat. Anwendbarkeit, 8; Heldrich, a.a.O.

77) Für alle Heldrich, Internat. Zust. in der FwG, 20.

78) v. Craushaar, Internat. Zust., 9; Heldrich, Internat. Zust., 223; ders., Internat. Zust. in der FwG, 20 ff.; Reich, Wesensverschiedene Verrichtungen, 12 f.
Einen ähnlichen im einzelnen differenzierten Standpunkt vertritt auch der Reformentwurf der Erbrechtskommission des Deutschen Rates für internationales Privatrecht in § F (Neuregelung des FGG); vgl. Lauterbach, Vorschläge und Gutachten, 2. Im Anschluß an den Beitrag Wiethölters (Internationales Nachlaßverfahren, 183) wird allerdings eine Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt als zu "dünn" abgelehnt und zumindest der gewöhnliche Aufenthalt vorausgesetzt. A. A. Heldrich, Internat. Zust. in der FwG, 21 f., der den schlichten Aufenthalt grundsätzlich für ausreichend ansieht, allerdings eine Beschränkung mittels Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses vorschlägt.

79) Vgl. zu dem daraus resultierenden Vorwurf, es fehle weithin an einer Begründung dieser Meinung, Wiethölter, Internationales Nachlaßverfahren, 178.

auch positiv aus den Interessen sowohl der Rechtsschutzsuchenden als auch der den Rechtsschutz gewährenden Rechtsordnung begründen⁸⁰⁾.

dd) Der Gefahr, daß ihre Konzeption zu unerfüllbaren Anforderungen an die inländischen Gerichte führen könnte, wenn diese auch für die Verwirklichung von materiellrechtlich durch die fremde Rechtsordnung vorgeschriebenen Rechtsinstituten für zuständig erklärt würden, die aus praktischen oder rechtlichen Erwägungen in unserer Rechtsordnung keinen Platz hätten, begegnen die Gleichlaufgegner mit der Schaffung eines besonderen zuständigkeitsbegrenzenden Rechtsinstitutes, der sog. wesenseigenen Zuständigkeit⁸¹⁾. Obwohl über dogmatische Einordnung und inhaltliche Weite dieses Rechtsinstitutes keine völlige Übereinstimmung herrscht, wird seine Notwendigkeit von den Gleichlaufgegnern allgemein anerkannt, und es werden damit auch weitgehend übereinstimmende Ergebnisse erzielt. Das Bedenken, ihre These könne schließlich zu einer Belastung der deutschen Gerichte mit Fällen führen, die zu geringe Inlandsbeziehungen aufwiesen, weist ein Teil der Gleichlaufgegner schließlich mit dem Hinweis zurück, in diesen Fällen könne mit dem Institut des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses abgeholfen werden⁸²⁾.

c) Angesichts der Fülle der für und wider die Gleichlaufthese vorgebrachten und zumeist bis in die letzte Konsequenz durchgedachten Argumente, die hier nur in groben Zügen umrissen werden konnten, kann es nicht Aufgabe dieser Spezialuntersuchung sein, die Argumente im einzelnen gegeneinander abzuwägen und detailliert Stellung zu beziehen. Wenn aber, worauf in der Literatur in letzter Zeit mehrfach hingewiesen wurde⁸³⁾, die

80) Vgl. die systematische Interessenzusammenstellung von Heldrich, Internat. Zust., 102 ff. (§ 7) = ders., Festschrift für Ficker, 205 ff.

81) Näheres zur wesenseigenen Zuständigkeit, unten Teil 2 B III.

82) Heldrich, Internat. Zust. in der FwG, 26.

83) Neuhaus, FamRZ 1970, 14; Wiethölter, Internationales Nachlaßverfahren, 179.

Entscheidung zugunsten der einen oder anderen Richtung letztlich davon abhängt, ob man der Forderung nach einem prinzipiell anzustrebenden Entscheidungseinklang oder der Wahrung der Rechtsschutzinteressen der Betroffenen den Vorrang geben soll, so kann dieser Vorrang auf dem hier interessierenden Gebiete des Nachlaßwesens sicherlich dem Bestreben zuerkannt werden, den Betroffenen effektiven Rechtsschutz zu gewähren. Dies gilt selbst dann, wenn man der Auffassung folgt, die Gleichlauftheorie beschwöre weniger die Gefahr eines "déni de justice", denn eines "détour de justice" herauf⁸⁴⁾. Gerade auf dem Gebiete des Nachlaßwesens liegt es im Interesse aller Beteiligten, eine möglichst schnelle, kostensparende und eindeutige Klärung der Lage durch ein möglichst sachverhaltsnahes Gericht zu erhalten, ein Anliegen, das schon durch einen "détour de justice", wie ihn die Verweisung an ein sachverhaltsfernes ausländisches Gericht darstellt, weitgehend unberücksichtigt bliebe; denn insbesondere bei den die große Mehrzahl ausmachenden Erbfällen, in denen ein umfangreicher Nachlaß nicht vorliegt, würde ein langwieriger und kostentreibender Weg an ein ausländisches Nachlaßgericht dazu führen, daß auch noch die ohnehin geringe Habe des Verstorbenen nutzlos durch die Kosten aufgezehrt würde - ganz zu schweigen von dem ebenso unnütz aufgewandten Bemühen der Erben und beteiligten Gerichte. Demgegenüber muß das - doch mehr theoretische - Bemühen um die Vermeidung divergierender Entscheidungen zurückweichen. Denn einmal wird in den betreffenden fremden Staaten zumeist keinerlei Interesse an einem gerichtlichen Tätigwerden in derartig unerheblichen Erbfällen bestehen, zumal wenn auch die Nachlaßgegenstände sich sämtlich außerhalb des Gebietes des fremden Staates befinden; zum anderen ist die Gefahr divergierender Entscheidungen selbst dann gering, wenn es wirklich einmal zu einem mit der inländischen Gerichtsbarkeit konkurrierendem Tätigwerden der ausländischen Gerichte kommen sollte, denn schließlich kann in einem Großteil der Fälle davon ausgegangen werden, daß auch der inländische Rich-

84) So Wiethölter, Internationales Nachlaßverfahren, 164.

ter das ausländische Recht richtig anwenden und damit zu der gleichen Entscheidung kommen wird wie später sein ausländischer Kollege⁸⁵⁾.

Betrachtet man nach Ausscheidung all dieser Fälle den minimalen denkbaren Rest an divergierenden Entscheidungen, so erscheint es ungerechtfertigt, zur Vermeidung dieser eher theoretischen Mißlichkeiten das Gros aller Erbfälle mit internationalem Charakter mit dem oben beschriebenen Ballast von nutzlosen Schwierigkeiten zu beschweren⁸⁶⁾. Eine Stützung könnten diese Überlegungen dadurch erfahren, daß sich anhand des hier zu behandelnden Falles der Einantwortung nach ABGB einmal mehr zeigen ließe, daß die Forderung nach einem Tätigwerden der inländischen Gerichte auch in den seltenen Fällen, in denen fremdartige Verfahrensakte notwendig werden, praktisch durchführbar ist und damit keine unzumutbaren Anforderungen an den Richter gestellt werden. Im folgenden soll daher davon ausgegangen werden, daß die Maßgeblichkeit ausländischen Erbrechts nicht zu einem grundsätzlichen Ausschluß der internationalen Zuständigkeit führt.

III. Die demnach bei der Maßgeblichkeit ausländischen Sachrechts nicht prinzipiell ausgeschlossene internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlaßgerichte könnte im Spezialfall der Einantwortung jedoch deswegen fehlen, weil deren Verwirklichung dem deutschen Richter fremde Tätigkeiten erforderte, die den ihm zugewiesenen Aufgabenbereich überschritten. Die Vornahme einer Einantwortung könnte dann wegen Fehlens der sog. wesenseigenen Zuständigkeit abzulehnen sein⁸⁷⁾.

85) Ähnlich Heldrich, Internat. Zust., 244.

86) Vgl. dazu Schwimann, RabelsZ 34 (1970) 220; Wiethölter, Internationales Nachlaßverfahren, 183.

87) Für das Vorliegen der wesenseigenen bzw. sachlichen Zuständigkeit hierfür expressiv verbiis Heldrich, Internat. Zust. in der FwG, 19; Soergel-Siebert-Kegel, vor Art. 24, 66; a.A. v. Craushaar, Internat. Anwendbarkeit, 96; Firsching, DNotZ 1963, 336 f.; Ferid-Firsching, Deutschland, Grdz. C III 3 RNr. 69; Haberstrumpf-Firsching, Nachlaßwesen in Bayern, 222; Reich, Wesensverschiedene Einrichtungen, 55; BayObLG Beschl. v. 26.5.1961, BayObLGZ 1961, 176 = NJW 1961, 1969; Beschl. v.

1. Begriff und systematische Einordnung der "wesenseigenen Zuständigkeit" sind nach dem augenblicklichen Stand der Wissenschaft zwar noch nicht vollkommen übereinstimmend festgelegt, ein näheres Eingehen auf die hier zu vertretenen Meinungen soll jedoch unterbleiben, soweit es sich um reine Terminologie- und Geschmacksfragen handelt⁸⁸⁾. Als sachlich unergiebig kann ebenso nach zutreffender Ansicht⁸⁹⁾ die Frage angesehen werden, ob die wesenseigene Zuständigkeit - wie hier angenommen - die (internationale) Zuständigkeit beeinflusst⁹⁰⁾ - oder ob sie - eventuell unter anderer Bezeichnung - als gesondertes Zulässigkeitskriterium für gerichtliche Tätigkeiten zu beachten ist^{91) 92)}.

Eine wohl dem überwiegenden Teil der Lehrmeinungen genügende Ausgangsdefinition kann so gegeben werden: Die Regeln über die wesenseigene Zuständigkeit betreffen die Frage, ob und wann der deutsche Richter von einer Sachentscheidung Abstand nehmen muß, weil die ihm zur Verfügung stehenden (Verfahrens-) Mittel nicht ausreichen, um das maßgebliche ausländische materielle Recht in sachgemäße und unverfälschte Funktion zu setzen⁹³⁾.

Fortsetzung Fn. 87)

8.5.1967 BayObLGZ 1967, 197; Beschl. v. 18.9.1967, BayObLGZ 1967, 342; LG Frankenthal, RzW 1963, 28 (ohne Begründung).

- 88) Zur Terminologie, vor allem in Hinblick auf den stets mit Ungenauigkeit verbundenen Gebrauch des Wortes "Wesen" Heldrich, Internat. Zust., 265; zustimmend Wiethölter, Internationales Nachlaßverfahren, 180; vgl. auch Firsching, ZZP 81 (1968), 302; Firsching, ZZP 81 (1968), 303.
- 89) Heldrich, Internat. Zust. in der FwG, 12.
- 90) So Beitzke, NJW 1960, 248; Heldrich, Internat. Zust., 265; Kegel, IPR 366; Reu, Staatl. Zust., 171 ff.; Riezler, IZPR, 233 ff.; ders., Festschrift für Rosenberg, 199 ff.
- 91) So in insgesamt einander sinnentsprechenden Formulierungen v. Craushaar, Internat. Anwendbarkeit, 10; Gamillscheg, Festschrift für Dölle II, 290 f.; H. Müller, Internat. Zust., 186; Schlechtriem, Ausl. ErbR, 15.
- 92) Eine Einordnung unter das Merkmal "sachliche Zuständigkeit" befürwortet neuerdings Kegel, in Soergel-Siebert-Kegel, vor Art. 24 RdNr. 66 u. 57.
- 93) Vgl. die Definition von Schwimmann, RabelsZ 34 (1970), 216 f., der sich wiederum an Dölle, RabelsZ 27 (1962/63) anlehnt.

Unabhängig hiervon ist die Frage, ob der deutsche "ordre public" ein Tätigwerden des Richters verbietet. Wie mehrfach klargestellt wurde⁹⁴⁾, betreffe die Frage nach dem Eingreifen des ordre public im vorliegenden Zusammenhang ein völlig eigenständiges Gebiet; nämlich die Feststellung, ob eine nach allgemeinen Grundsätzen als zulässig erkannte richterliche Tätigkeit lediglich deshalb unterbleiben muß, weil die sich ergebenden rechtlichen Konsequenzen schlechthin unvereinbar mit tragenden Grundprinzipien der einheimischen Rechtsordnung wären.

Eine solche Unvereinbarkeit kann zwar in Einzelfällen gleichzeitig Anlaß für eine Verneinung der wesenseigenen Zuständigkeit geben; ein notwendiger Zusammenhang besteht jedoch nicht.

Parallelen⁹⁵⁾ bzw. eine Verwandtschaft⁹⁶⁾ zum "ordre public" zeigt das eigenständige Institut der wesenseigenen Zuständigkeit allerdings insofern, als bei seinem Eingreifen den Rechtsanwendungsnormen ein letztes Korrektiv auferlegt wird, das aus inländischen Elementargrundsätzen resultiert⁹⁷⁾.

2. Nach der so festgelegten Definition der wesenseigenen Zuständigkeit ist die Beantwortung der hier gestellten Spezialfrage im einzelnen davon abhängig, welche rechtlichen und tatsächlichen Mittel dem inländischen Richter in Fällen mit Auslandsberührung zur Verwirklichung fremder Rechtsinstitute grundsätzlich zur Verfügung stehen.

a) Zunächst ist dem Richter durch die Verfahrensordnungen ein bestimmter Kreis von Verfahrensmitteln zur Verfügung gestellt, innerhalb dessen er sich grundsätzlich zu bewegen hat.

94) Heldrich, Internat. Zust., 257 f.; ähnlich Wiethölter, Internationales Nachlaßverfahren, 180.

95) Gamillscheg, Festschrift für Dölle II, 291.

96) Heldrich, Internat. Zust., 263.

97) Wiethölter, Internationales Nachlaßverfahren, 181.

Entscheidend für Fälle mit Auslandsbeziehung ist daher, wie weit dieser Kreis der Verfahrensmittel zu ziehen ist: ob er lediglich das inländische Verfahren (lex fori) einschließt, oder ob unter bestimmten Voraussetzungen auch (fremdartiges) ausländisches Verfahren umfaßt wird.

Die Frage nach den zur Verfügung stehenden Verfahrensmitteln führt damit notwendigerweise zur Auseinandersetzung mit dem heute weltweit anerkannten⁹⁸⁾ Grundsatz, daß das Verfahren sich nach der Verfahrensordnung der Rechtsordnung richte, dem das entscheidende Gericht angehört (lex-fori-Grundsatz).

Außer seiner - in ihrer Bedeutung sicherlich kaum zu unterschätzenden - geschichtlichen Begründung⁹⁹⁾ und seinem bereits als gewohnheitsrechtlich bezeichneten¹⁰⁰⁾ Geltungsanspruch werden für die allgemeingültige Herrschaft des lex-fori-Grundsatzes weit voneinander abweichende Argumente angeführt.

aa) Suchte man früher den Geltungsgrund im Territorialitätsprinzip¹⁰¹⁾ oder in der Regel "locus regit actum"¹⁰²⁾, (wogegen in der Zwischenzeit gewichtige Bedenken erhoben wurden), so wird neuerdings stattdessen allein der öffentlich-rechtliche Charakter des Prozeßrechts zur Begründung herangezogen¹⁰³⁾.

Aber auch letzterer Gedanke ist eingehender Kritik unterzogen worden¹⁰⁴⁾ und hat sich dabei wohl als nicht haltbar erwiesen.

98) Vgl. Heldrich, Internat. Zust., 264; ders., Internat. Zust. in der FWG, 77; Schlechtriem, Ausl. ErbR, 32; Schwimann in einem Vortrag vor der International Law Association, Austrian Branch, Bericht hierüber in öJZ 56, 364 ff.

99) Vgl. beispielsweise v. Craushaar, Internat. Anwendbarkeit, 20 f.

100) Schwimann, a.a.O.

101) Vgl. Riezler, IZPR 62 f., 94.

102) So v. Bar, IPR, Bd. II, 710.

103) v. Craushaar, Internat. Anwendbarkeit, 21 f.

104) Vgl. überzeugend Schlechtriem, Ausl. ErbR, 34 f. mit Hinweis auf Riezler, IZPR, 120.

Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß einmal dem Verfahrensrecht nur begrenzt ein öffentlichrechtlicher Charakter zuerkannt werden kann. Zum anderen erscheint der Gedanke richtig, daß eine kollisionsrechtlich gebotene Anwendung fremden öffentlichen Rechts weder die im Bereich des öffentlichen Rechts uneinschränkbare Gesetzgebungsgewalt eines Staates berühre noch der besonderen Natur des öffentlichen Rechts widerspreche, da die kollisionsrechtliche Verweisung gerade vom autonomen (gesetzgeberischen) Willen des verweisenden Staates getragen werde.

bb) Neben all diesen letztlich nicht überzeugenden dogmatischen Begründungen besteht jedoch noch ein gewichtiges praktisches Argument, das die Herrschaft des lex-fori-Grundsatzes postuliert - nämlich das aus Interessenabwägungen hergeleitete Zweckmäßigkeitsargument¹⁰⁵⁾. Naturgemäß beruhen Zweckmäßigkeits-erwägungen auf einem breiten Spektrum von Einzelüberlegungen, die je nach Blickwinkel und Akzentsetzung seitens des Betrachters sehr unterschiedliches Gewicht haben, insgesamt also nur sehr schwer nachprüfbar sind. Will man solche Überlegungen aber nicht von vornherein als dogmatisch bedenklich ausschließen, so ist eine gewisse Systematisierung angeraten.

Bei der dabei gebotenen vereinfachenden Betrachtung läßt sich hier eine Aufteilung nach zwei Hauptblickwinkeln vornehmen: Zweckmäßigkeit des lex-fori-Grundsatzes aus der Sicht des inländischen Staates, seiner Rechtsordnung und seiner Gerichte - kurz aus der Sicht des Gerichtsschutzgewährenden und zum anderen Zweckmäßigkeit des Prinzips aus der Sicht der Gerichtsschutzsuchenden, wozu auch die nur mittelbar Verfahrensbeteiligten - etwa von einer Entscheidung betroffene Dritte - gerechnet werden sollen.

In bestimmten Umfange muß sowohl aus der Sicht des Gerichtsschutzsuchenden wie -gewährenden der lex-fori-Grundsatz als

105) Vgl. hierzu Booß, Wesenseigene Zust., 22 ff.; Schlechtriem, Ausl. Erbr., 36 f.; Kegel, IPR, 103.

zweckmäßig erachtet werden. Er fördert mit Sicherheit die "einheitliche Struktur, Klarheit und Übersichtlichkeit"¹⁰⁶⁾ des Verfahrens und vermeidet langsames und unsicheres Vorgehen der Richter als Folge der Schwierigkeit der Anwendung eines fremden Verfahrens. Sowohl Gerichtsschutzgewährende als auch -suchende sind daran interessiert, auf einem übersichtlichen Wege zu einer klaren Entscheidung zu gelangen.

Zu einer divergierenden Interessenlage kommt es jedoch, wenn als Folge der Unanwendbarkeit fremden Verfahrensrechts ein Gerichtsschutz versagt werden muß, weil es am dazu erforderlichen inländischen verfahrensrechtlichen Unterbau fehlt. Der Gerichtsschutzgewährende ist in diesem Falle vieler Schwierigkeiten enthoben - sein Verfahren bleibt konsequent und einheitlich, für den Richter entfällt die häufig schwierige Aufgabe, sich mit dem fremden Verfahrensrecht auseinanderzusetzen.

Anders die Rechtsschutzsuchenden - für sie beginnt der oft mühsame (Um-) Weg zum lex-causae-Gericht bzw. das Warten auf dessen Entscheidung, sofern diese ihnen nicht aus tatsächlichen Gründen gänzlich verwehrt bleibt. Bei derartiger Sachlage den Rechtsschutzsuchenden darauf zu verweisen, sein Recht darauf, daß die Gerichte in prozessualen Fragen grundsätzlich gleich verfahren, so daß er in der Lage sei, die Prozeßvorgänge in wesentlichen Zügen vorauszuberechnen¹⁰⁷⁾, sei gewahrt worden - man habe also in seinem Interesse gehandelt - entbehrte nicht des Zynismus.

Eine starre Durchführung des lex-fori-Grundsatzes erweist sich demzufolge nur bis zu einem gewissen Grade als für die Rechtsschutzsuchenden zweckmäßig, durchgängig ist das Zweckmäßigkeitsargument nur für den Rechtsschutzgewährenden gültig.

106) Booß, Wesenseigene Zust., 23; v. Craushaar, Internat. Anwendbarkeit, 27.

107) So argumentiert v. Craushaar, a.a.O.

cc) Eine Umgehung dieses Interessenkonfliktes bei gleichzeitiger Respektierung des lex-fori-Grundsatzes wurde nun in der Weise versucht, daß im internationalprivatrechtlichen Bereich für die Abgrenzung von Sach- und Prozeßrecht eigene Regeln aufgestellt wurden (autonome Qualifikation), die es ermöglichen, fremde Rechtsinstitute zu handhaben, indem bestimmte "Rechtsverwirklichungsregeln" der fremden Rechtsordnung dem materiellen Recht zugeschlagen werden und so unter die Verweisungsregeln des Kollisionsrechtes fallen¹⁰⁸⁾. Die - im einzelnen voneinander abweichenden - Qualifikationsmethoden bestechen durch ihre Scharfsinnigkeit und wissenschaftliche Gründlichkeit. Darin liegt aber auch gleichzeitig ihre Angreifbarkeit. Zwar erscheint es als zu weitgehend, sie als "Qualifikationstricks"¹⁰⁹⁾ zu bezeichnen - eine gewisse Berechtigung ginge diesem Vorwurf jedoch nicht ab. Immerhin wird hier versucht, ein Prinzip zu retten, indem auf einem anderen Gebiet bestehende Grundsätze und Grenzen verschoben werden. Daß diese Verschiebung in sich wieder dogmatisch fundamentiert ist, ändert nichts daran, daß sie für die Praxis nur sehr schwer nachvollziehbar ist. Es erscheint fraglich, ob man im Ergebnis nicht gerade das Gegenteil von dem erreicht, was ein - wenn auch zumeist unausgesprochenes - Hauptanliegen des lex-fori-Grundsatzes darstellt: Klarheit und Übersichtlichkeit des Verfahrens, Schutz des Richters und der Parteien vor Unsicherheit. Wenn die Beibehaltung des solchermaßen Erleichterung verschaffenden lex-fori-Grundsatzes erst die Durchdringung eines eigens geschaffenen, komplizierten Qualifikationssystems voraussetzt, so ist damit - außer natürlich nicht zu unterschätzender wissenschaftlicher Erkenntnis - nicht viel gewonnen¹¹⁰⁾.

dd) Mit teils mehr teils weniger Respekt vor dem lex-fori-Grundsatz wird neuerdings eine offene Durchbrechung dieses

108) Vor allem Neuhaus, RabelsZ 20 (1955), 237 ff.; Niederländer, RabelsZ 20 (1955), 1 ff.

109) Ausdruck von Wiethölter, Internationales Nachlaßrecht, 146.

110) Im Ergebnis ähnlich Schwimann, öJZ 1956, 365.

Prinzips gefordert - Unterschiede bestehen wiederum in den Auffassungen, soweit Voraussetzungen und Intensität dieser Durchbrechungen infrage stehen¹¹¹⁾.

Gemeinsamer Ausgangspunkt dieser Meinungen ist die einleuchtende Erkenntnis, daß bestimmte Verfahrensvorschriften mit den Sachrechtsnormen so eng verknüpft (sachrechtsbezogen) sind, daß beide internationalrechtlich nicht eigene Wege gehen können¹¹²⁾. Auf diesem Grundgedanken werden nun Systeme aufgebaut, wonach die Sachrechtsbezogenheit der Verfahrensnormen festgestellt werden soll. In zunehmender Verfeinerung der Methodik werden dabei etwa die als sachrechtsbezogen erkannten Normen wieder in Kategorien aufgeteilt, für die je nach Sachrechtsnähe und -verhältnis verschiedene Regeln gelten sollen, und schließlich wird das Verfahrensrecht auf gewisse "Rippen-Regeln" reduziert, nach denen dann stets zutreffende Entscheidungen gefällt werden sollen, ohne daß dem lex-fori-Grundsatz zu sehr Gewalt angetan wird¹¹³⁾.

Mutatis mutandis gilt auch hier für das oben bezüglich der autonomen Qualifikation Angeführte: Scharfsinnige Konstruktionen und Systembildungen beginnen dann zweifelhaft zu werden, wenn praktische Ergebnisse durch sie erst nach Durchdringung und Billigung eines engegzogenen Netzes von Gedankenverbindungen ermöglicht werden¹¹⁴⁾.

111) Im Anschluß an ihren Lehrer Müller, JbIntR 5 (1954), 249 ff. vor allem v. Craushaar, Internat. Anwendbarkeit, 30 ff.; Schlechtriem, Ausl. ErbR, 42 f. - Mit gleichem Ergebnis Heldrich, Internat. Zust., 271; ebenso Booß, Wesenseigene Zust., 27.

112) v. Craushaar, Internat. Anwendbarkeit, 29 f.; auszugehen scheint dieser Gedankengang von Neuhaus, a.a.O.

113) v. Craushaar, Internat. Anwendbarkeit, 32 ff., zusammenfassend 99; besprochen von Habscheid, ZZP 76 (1963), 138 ff.; Schima, AcP 163 (1963), 294 ff.; Wiethölter, ZvgLRW 66 (1964), 234.

114) Ähnlich Firsching, ZZP 81 (1968), 300 ff.

Die Komplexität des Verfahrensrechts erfordert eine derart engmaschige Systematisierung, eine Verästelung bis in feinste Untergruppierungen, daß es fraglich erscheint, ob hierbei nicht in Wirklichkeit Einzeluntersuchungen und Einzelregeln an- bzw. aufgestellt werden und damit in Wahrheit Einzelfallentscheidungen für bestimmte Verfahrensgebiete, wenn nicht sogar einzelne Normgruppen oder Normen getroffen werden. Es tauchen daher Bedenken auf, ob überhaupt de lege lata eine für das gesamte Verfahrensrecht gültige Systematisierung mit Anspruch auf Praktikabilität aufgestellt werden kann¹¹⁵⁾ oder ob eine Systematisierung nicht vielmehr de lege ferenda einem zu schaffenden Internationalen Verfahrensrecht vorbehalten bleiben muß¹¹⁶⁾.

ee) Diesen Bedenken ist jüngerer Zeit Rechnung getragen worden, indem unter bewußtem Verzicht auf eine allgemeingültige Formel für Teilgebiete gesondert untersucht wurde, ob und inwieweit dort eine Durchbrechung des lex-fori-Grundsatzes notwendig ist, und ob dies zu untragbaren Konsequenzen für den Rechtsanwendenden führt¹¹⁷⁾. Diesem Weg folgt auch die vorliegende Arbeit. Ein Vorwärtskommen auf diesem Weg setzt allerdings voraus, daß der lex-fori-Grundsatz als Arbeitshypothese in anderer Form als bisher gehandhabt wird, ohne daß damit Endgültiges über seine Berechtigung im Gesamtbereich des Verfahrensrechts festgelegt werden soll: Eine Beschränkung der Verfahrensmittel auf die inländische Verfahrensordnung ist, wie gezeigt, in weitem Maße zweckmäßig. Deshalb darf die Intention m. E. nicht dahin gehen, den Grundsatz von der lex fori vollkommen zu beseitigen, indem man freie Austauschbarkeit der Verfahrensrechte propagiert und etwa fordert, bestimmte Inlandsprozesse in ihrer Gesamtheit ausländischem Verfahren zu unterstellen. Vielmehr muß der lex-fori-Grundsatz weiter als Ausgangspunkt dienen. Da die aus ihm folgende Beschränkung aber

115) In dieser Richtung zielt auch die Kritik von Schlechtriem, Ausl. ErbR, 40 ff.

116) Die Ansätze hierzu haben z. B. im Reformgutachten von Wiethölter, Internationales Nachlaßrecht, bereits konkrete Gestalt angenommen.

117) Vgl. Schlechtriem, a.a.O.; hierzu die Kritik von Firsching, ZZP 81 (1968), 300 ff.

vornehmlich aus Zweckmäßigkeitserwägungen herzuleiten ist, findet sie ihre Grenze dort, wo diese Zweckmäßigkeit nicht für alle Betroffenen gleichermaßen gegeben ist. Kommt es hierbei zu einem Interessenkonflikt, so ist eine Abwägung vorzunehmen: Die Interesse des Gerichtsschutzgewährenden an der "Reinerhaltung" seiner Verfahrensordnung, da Interesse des Gerichtsschutzsuchenden an der Vermeidung von "détour" bzw. "déli de justice".

Ein Fingerzeig bei der Entscheidung, welchem Interesse der Vorrang zu geben ist, mag sich aus dem oft geäußerten Gedanken ergeben¹¹⁸⁾, daß das Verfahrensrecht der Verwirklichung des materiellen Rechts zu dienen bestimmt ist, woraus gefolgert werden kann, daß bei Vorliegen einer materiellkollisionsrechtlichen Verweisung auf Auslandsrecht die Interessen an einer "Reinerhaltung" der inländischen Verfahrensordnung im Grundsatz zurückzutreten haben.

In freier Abwandlung einer schon dem Lateinschüler Probleme aufgebenden Regel¹¹⁹⁾ wäre danach der lex-fori-Grundsatz in der - durchaus problembehaftet bleibenden - Form einzuschränken:

Soviel lex fori wie möglich, soviel fremdes Verfahren wie nötig¹²⁰⁾.

Damit ist allerdings noch nicht gesagt, nach welchen Maßstäben das Mögliche und Nötige festzustellen ist. Maßstab muß m. E. eine möglichst dem Sinne und der Systematik der mittels der Verweisungsnorm für maßgeblich erklärten Rechtsordnung entsprechende Rechtsverwirklichung bilden, es ist also auf den

118) Vgl. etwa BGHZ 8.10.1963, JZ 1963, 766; Gamillscheg, Festschrift für Dölle II (1963), 292; Beitzke, FamRZ 1967, 595; Boß, Wesenseigene Zust., 27; Bärmann, FwG, 24 f.; Heldrich, Internat. Zust., 21, 269.

119) Übersetzungsregel: So wörtlich wie möglich, so frei wie nötig.

120) Im gleichen Sinne Heldrich, Internat. Zust., 22.

Entscheidungseinklang mit der ausländischen materiellen Rechtsordnung abzustellen. Wenn mittels direkter oder analoger Anwendung der vorhandenen inländischen Verfahrensregeln eine Entscheidung getroffen werden kann, die den materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der fremden Rechtsordnung entspricht, so ist eine Anwendung der inländischen Verfahrensordnung möglich. Fehlt es hingegen an einschlägigen inländischen Verfahrensnormen oder widersprechen diese den Wirksamkeitsvoraussetzungen der anwendbaren Rechtsordnung, so ist die Anwendung fremden Verfahrens nötig¹²¹⁾. Der Umfang dieser Anwendung sollte wiederum dem Zweckmäßigkeitserfordernis angepaßt werden: Nur insoweit sind die ausländischen Verfahrensregeln zu beachten, als sie unverzichtbare Wirksamkeitsvoraussetzungen darstellen¹²²⁾.

b) Steht nach Anwendung dieser Prinzipien für den konkreten Fall fest, daß mittels inländischen Verfahrensrechts keine Entscheidung möglich und die Anwendung fremder Verfahrensmittel notwendig ist, muß noch die tatsächliche Realisierbarkeit der fremden Verfahrensanforderungen mittels der hierfür im Inland zur Verfügung stehenden Einrichtungen festgestellt werden. Die Aufzählung hierbei möglicherweise auftretender Hindernisse kann notwendigerweise nur beispielhaft sein, da es letztlich an der Phantasie des ausländischen Verfahrensgesetzgebers liegt, welche unrealisierbaren Anforderungen gestellt werden.

Die im Inland für die Rechtsverwirklichung zur Verfügung stehenden Einrichtungen bilden in der Hauptsache die Gerichte - also dürfen an diese weder ihr tatsächliches Können übersteigende Anforderungen gestellt noch ihren Aufgabenkreis über-

121) Ähnlich Schlechtriem, Ausl. ErbR, 42 f.

122) Eine ähnliche Einschränkung fordert Schwimmann, öJZ 1956, 365.

schreitende Befugnisse gegeben werden¹²³⁾. Demzufolge dürfen einerseits Vorbildung und Erkenntnisfähigkeit des Richters nicht überfordert werden. Er ist z. B. nicht gleichzeitig Naturwissenschaftler oder geschulter Psychologe; falls das fremde Verfahren dahingehende Anforderungen stellte, müßte ein Tätigwerden unterbleiben.

123) Ebenso Heldrich, Internat. Zust., 272 f.; Schlechtriem, a.a.O.

C. Konkrete verfahrensrechtliche Durchführbarkeit der Einantwortung

In Anwendung der allgemein festgelegten Grundsätze ist nunmehr für den Spezialfall der Einantwortung zu untersuchen, ob und welche Möglichkeiten zu ihrer verfahrensrechtlichen Verwirklichung in Deutschland bestehen.

I Dabei ist zunächst festzustellen, ob das Rechtsinstitut der Einantwortung mittels direkter oder entsprechender Zugrundleitung inländischen Verfahrens verwirklicht werden kann.

1) Eine in Einzelheiten oder auch nur generell auf das Institut der Einantwortung zugeschnittene Verfahrensregelung besteht naturgemäß nicht - eine direkte Anwendung inländischer Vorschriften scheidet insofern aus.

2) Für eine entsprechende Anwendung (oder Anpassung¹⁾) bietet sich das Erbscheinsverfahren an, denn es bildet für den Normalfall die einzige Möglichkeit, in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Erbrecht anzuerkennen²⁾. Auf diesem Wege wurde in neuerer Zeit mehrfach versucht, den bei Erbfällen nach ABGB auftretenden Anforderungen gerecht zu werden³⁾.

a) Dabei wurde klar erkannt, daß die Erteilung eines Fremdrechtserscheins für im Inland belegene Nachlaßgegenstände gem. § 2369 BGB nur dann infrage kommt, wenn die Erbenqua-

1) Zur Terminologie vgl. ausf. Booß, Wesenseigene Zust., 40 ff.

2) Vgl. BayObLGZ 67, 197 (203), wo allerdings außerachtgelassen wird, daß auch noch der Sonderfall der Feststellung des fiskalischen Erbrechts gem. §§ 1964 ff. BGB Gleiches beinhaltet.

3) BayObLG Beschl. v. 13.13.1960, BayObLGZ 60, 478; Beschl. v. 26.5.1961, BayObLGZ 1961, 176; Beschl. v. 8.5.1967, BayObLGZ 1967, 197; Beschl. v. 18.9.1967, BayObLGZ 1967, 338; Ferid-Firsching, Deutschland Grdz. C III 3, RNr. 69; Haberstumpf-Firsching, ¹⁴Nachlaßwesen in Bayern, 222; Firsching, DNotZ 1963, 329.

lität i.S.d. deutschen Verfahrensrechts bereits festliegt, d. h. wenn ein österreichisches Gericht bereits eingewortet hat. Eine weitergehende Anwendbarkeit dieser Vorschrift wird zutreffend als nicht gegeben angesehen⁴⁾.

b) Eine Anwendbarkeit wurde jedoch für die Regeln über die Erteilung eines allgemeinen Erbscheins gemäß §§ 1953 ff. BGB angenommen⁵⁾. Hierbei war man sich dessen bewußt, daß wirkliche Übereinstimmungen in beiden Verfahren lediglich bei der Legitimations- und Rechtsscheinswirkung von Einantwortungsurkunde und Erbschein gegeben sind⁶⁾. Dieser nur geringen Dekkung beider Verfahren stand der gravierende Ausgangsunterschied gegenüber, daß der deutsche Erbe im Erbschein wegen zweier Eigenschaften genannt wird: Er ist Inhaber der Nachlaßgegenstände und haftet für Nachlaßschulden⁷⁾. Dem Erben nach dem ABGB hingegen fehlen vor der Einantwortung gerade diese Eigenschaften⁸⁾. Dennoch wurde versucht, über diese schwerwiegende Divergenz hinwegzukommen.

aa) Dieses forcierte Bemühen erklärt sich zum Teil aus der Ausgangslage, daß einerseits der lex-fori-Grundsatz für das Verfahren als undurchbrechbar angesehen wurde - andererseits dennoch aus Rechtsschutzgründen unbedingt eine Entscheidung angestrebt wurde.

Diese Rechtsschutzgesichtspunkte wurden im Vorangegangenen aber bereits bei der Forderung nach einer flexibleren Ausgestaltung des lex-fori-Grundsatzes berücksichtigt - sie können daher hier nicht noch einmal dazu dienen, eine den Rahmen des Tragbaren sehr strapazierende Anpassung zu rechtfertigen.

4) Firsching, DNotZ 1963, 333.

5) Vgl. die Nachweise in FN 3.

6) BayObLGZ 67, 202; im einzelnen dazu oben S. 22 f.

7) BayObLGZ, a.a.O. unter Berufung auf Wengler, JR 1955, 41.

8) Siehe oben S. 10 ff.

Auch ein anderer Gesichtspunkt, der der Rechtsprechung des BayObLG in gewisser Weise ein "Alibi" für eine etwas freizügigere Argumentation lieferte, muß hier grundsätzlich außer Betracht bleiben: Zur Entscheidung standen Ausnahmefälle, in denen für die Erbangelegenheiten (sudeten-) deutscher Erblasser das ABGB Anwendung fand⁹⁾. Unter Hinweis darauf, daß hierbei nebenher auch Recht "reichsdeutschen Ursprungs"¹⁰⁾ (Teile des TestG) anwendbar war, wird andeutungsweise die Berechtigung hergeleitet, die deutschrechtlichen Grundsätze des Erbscheinvorgfahrens stärker als dogmatisch zulässig zu berücksichtigen¹¹⁾.

bb) Die von diesen "Vorschalt-Argumenten" losgelösten Begründungen, mit deren Hilfe das Erbscheinverfahren für anwendbar erklärt wurde, gehen in der Hauptsache zwei Wege:

Einmal wird versucht, dem Erbansprecher nach ABGB für das Erbscheinsverfahren bereits eine dem BGB-Erben ähnliche Stellung zuzuschreiben, so daß es bei der deklaratorischen Ausgestaltung des Erbscheins bleibt¹²⁾.

Zum anderen wird unter Verzicht auf eine Umgestaltung der Position des Erbansprechers vor Einantwortung der Erbscheinerteilung die gleiche rechtsgestaltende Wirkung zugesprochen wie der Einantwortung - wobei diese Wirkung allerdings auf das materielle Recht beschränkt sein soll¹³⁾.

Auf dem einen Wege werden also die Gegebenheiten des ABGB im Hinblick auf die Erbscheinerteilung dem BGB "angepaßt", auf dem anderen Wege wird die Wirkung des Erbscheins dem materiellen Recht des ABGB angeglichen.

9) Die Gründe für die Geltung des ABGB wurden oben S. 44 ausgeführt.

10) BayObLGZ 1961, 181.

11) Vgl. BayObLGZ, a.a.O.

12) Firsching, DNotZ 1963, 337 f.

13) Am deutlichsten BayObLGZ 1967, 203.

Beide Arten des Vorgehens verböten sich dann, wenn sie entweder in sich widersprüchlich wären oder jeweils in unüberbrückbarem Widerspruch zu der einen oder anderen materiellen Rechtsordnung ständen.

(1) Fehler dieser Art hat die "Anpassung" des Erban-
sprechers nach ABGB an den BGB-Erben in zweierlei Hinsicht:

(a) Es wird behauptet, der Erbansprechende sei nach Abgabe der Erbserklärung deswegen dem BGB-Erben gleichzustellen, weil er mit dieser Erklärung das dingliche, vererbliche Recht erlange, Erbe zu sein¹⁴⁾. Diese Behauptung ist zumindest mißverständlich.

Mißverständlich ist die einmal undifferenzierte Charakterisierung des Rechts, Erbe zu sein, als dinglich. Damit wird für den deutschen Leser der Eindruck einer sehr konkreten Rechtsposition erweckt.

In Wirklichkeit ist man sich in Österreich weitgehend darüber einig, daß die in § 308 ABGB gewählte Formulierung materiell falsch ist, daß es richtigerweise "absolutes Recht" heißen muß¹⁵⁾, die Rechtsposition ist angesichts der mannigfaltigen Ausgestaltungsmöglichkeiten von absoluten Rechten also weit weniger konkret gefaßt, als man auf den ersten Blick annehmen könnte.

Weiter wird mißverständlicherweise der Eindruck erweckt, der Erbe erwerbe erst mit der Erbserklärung eine "dingliche", vererbliche Rechtsposition.

Eine "dingliche" - in Wirklichkeit absolute - Rechtsposition des Erben folgt aber bereits aus der Berufung und entsteht mit dem Anfall der Erbschaft - und ist bereits von diesem Zeitpunkt an im Wege der Transmission vererbbar und sogar durch Erbschafts-

14) Firsching, DNotZ 1963, 337.

15) Vgl. oben S. 11 FN 21.

kauf veräußerlich¹⁶⁾.

Die Erbserklärung ist in diesem Zusammenhang lediglich in ganz anderer Hinsicht bedeutsam:

Im Falle des Ablebens des Erbserklärten ist dessen Erbe lediglich daran gebunden, daß bereits eine - in einer bestimmten Form abgegebene - Erbserklärung vorliegt. Damit wird aber die Rechtsposition der Erben durch die Erbserklärung auch nicht im Entferntesten im Hinblick auf eine tatsächliche Rechtsinhaberschaft am Nachlaß (die den BGB-Erben auszeichnet) verändert: Festgelegt ist damit nur, daß das Recht, Erbe zu sein, entweder nicht mehr besteht (negative Erbserklärung) oder in einer bestimmten Ausgestaltung, nämlich unverzichtbar (als Folge der positiven Erbserklärung) sowie in der Form des beschränkt oder unbeschränkt haftenden Erben (je nach Vorliegen einer bedingten oder unbedingten Erbserklärung).

Von daher den Erbserklärten mit dem BGB-Erben gleichzusetzen, ist somit völlig ausgeschlossen¹⁷⁾.

(b) Außer mit der österreichischen Rechtsordnung steht diese Konstruktion auch z. T. mit ihrem eigenen Ausgangspunkt, der strengen Einhaltung des lex-fori-Grundsatzes, im Widerspruch: Die Anknüpfung an die Erbserklärung setzte voraus, daß eine solche rechtswirksam abgegeben ist. Die Wirksamkeit muß

16) §§ 537, 1278 ABGB, zum Begriff der Transmission vgl. oben S. 9 f.

17) Auch der Hinweis darauf, der österreichische OGH habe einen möglichen Rechtsmißbrauch darin gesehen, daß einem Alleinerben, der einen der ruhenden Verlassenschaft zustehenden Anspruch im eigenen Namen vor der Einantwortung einklage, die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation entgegengehalten werde, kann für sich allein nicht eine BGB-Erbenähnliche Position des Erbserklärten begründen. Verständlich wird die Auffassung des OGH im Hinblick auf die Vorschrift des § 145 II AußStrG, wonach der Alleinerbe unter bestimmten Umständen einen Anspruch auf eine vorweggenommene (Teil-) Einantwortung hat. (Vgl. S. 34 f.). Über eine grundsätzliche Ausgestaltung hat der OGH hiermit nichts gesagt. Im übrigen ist die vom OGH vertretene Meinung in Österreich nicht unbestritten; vgl. Rintelen, Grundriß, 70 f.

sich dabei an der österreichischen Rechtsordnung messen. Klar ist die Lage in den Fällen (und solche bilden teilweise den Ausgangspunkt für weitere Schlußfolgerungen)¹⁸⁾, in denen Österreicher Nachlaß in beiden Ländern hinterließen, worauf Erbserklärungen vor einem österreichischen Richter abgegeben wurden, der daraufhin eine auf den in Österreich belegenen Nachlaß beschränkte Einantwortung aussprach, den ausländischen Nachlaß jedoch nicht einantwortete.

In diesen Fällen liegt sicherlich eine wirksame Erbserklärung vor. Fraglich erscheint aber, ob in diesen Fällen überhaupt eine Anknüpfung an die Erbserklärung notwendig ist oder ob nicht vielmehr auch eine Einantwortung des Auslandsnachlasses als gegeben angesehen werden kann, so daß diese Fälle überhaupt keine besonderen Probleme verursachen. Wenn der österreichische Richter einen derartigen Beschränkungsvermerk aufnimmt, setzt er sich nämlich in Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsordnung, die auf dem Grundsatz beruht, daß die Einantwortung die Verlassenschaft als Ganzes - also inländische und ausländische Nachlaßstücke - umfaßt¹⁹⁾. Es ist für das Vorliegen einer wirksamen umfassenden Einantwortung noch nicht einmal notwendig, daß das Vorhandensein weiterer Nachlaßgegenstände irgendjemandem bekannt war - auch nach der Einantwortung auftauchende Gegenstände werden ohne weiteres von ihr erfaßt. Wenn trotz dieser Rechtslage der österreichische Richter dennoch den Beschränkungsvermerk aufnimmt, so tut er dies, um weiteren schwierigen Recherchen im Ausland bezüglich des dort befindlichen Nachlasses aus dem Wege zu gehen, die er deswegen als nutzlos ansieht, weil er etwa auf dem Standpunkt steht, seitens der Bundesrepublik werde dort befindliches Erblasservermögen nicht nach Österreich ausgefolgt.

18) Firsching, DNotZ 1963, 336 f.

19) Vgl. S. 16, sowie dortige Nachweise in FN 41; vgl. auch OGH v. 12.4.1929, GlUNF, 579; Die Einantwortung muß den gesamten Nachlaß umfassen; es kann nicht die Einantwortung einzelner Nachlaßgegenstände vorbehalten werden.

Dieser Akt der "Resignation" zwingt nun aber nicht dazu, in dem Land, vor dessen - wirklicher oder vermeintlicher - Haltung resigniert wird, dieses systemwidrige Verhalten zur Grundlage des eigenen Handelns zu machen. Vielmehr spricht einiges dafür, daß vom "Verursacher" des Beschränkungsvermerks dieser in Einklang mit der österreichischen Rechtsordnung als unbeachtlich angesehen wird, so daß von einer Einantwortung des gesamten Nachlasses auszugehen ist.

Sind also die hier gezogenen Konsequenzen als nicht unbedingt notwendig erkannt, fragt sich, ob die im übrigen auf diesem Fall aufbauende Konstruktion (Anknüpfung an die Erbserklärung) möglich ist. Falls nämlich vor einem österreichischen Richter keine Erbserklärung abgegeben wurde, sei es, weil dieser - wie häufig bei Auslandsnachlässen - die Erbschaft armutshalber abgetan hat, oder sei es, weil mangels Kenntnis vom Erbfall in Österreich überhaupt keine Abhandlung stattgefunden hat, müßte nach der hier bekämpften Meinung eine wirksame Abgabe der Erbserklärung vor einem deutschen Gericht möglich sein. Dies wird teilweise stillschweigend vorausgesetzt²⁰⁾, teils global damit begründet, daß hier die Grundsätze, die für die deutschrechtliche Ausschlagungserklärung gälten, anwendbar seien²¹⁾.

Zweifelhaft erscheint aber, ob dieses wirklich möglich ist, ohne dabei den Ausgangspunkt der hier überprüften Ansicht - nämlich strenge Beibehaltung des lex-fori-Grundsatzes im Verfahren - zu verlassen.

Untersucht man nämlich, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, um von einer nach den hier anzuwendenden ABGB-Grundsätzen vollwirksamen Erbserklärung auszugehen, so wird doch recht zweifelhaft, ob diese Voraussetzungen vor deutschen Gerichten erfüllt werden können, ohne bereits hier in Wirklichkeit fremdes

20) Firsching, DNotZ 1963, 338; BayObIGZ 1961, 181 f.; 1967, 203 f.

21) Vgl. v. Craushaar, Internat. Anwendbarkeit, 96.

Verfahren anzuwenden. Dem österreichischen Gericht kommen nämlich bei der Annahme der Erbserklärung entschieden weitergehende Aufgaben zu, als dem deutschen Nachlaßgericht bei Entgegennahme von Ausschlagungserklärungen.

Übereinstimmend ist noch, daß beide Richter über die Einhaltung bestimmter Formerfordernisse zu wachen haben. Unterschiedlich sind aber die inhaltliche Überprüfungspflicht und vor allem die daraus zu ziehenden verfahrensrechtlichen Konsequenzen:

Dem österreichischen Gericht kommt nämlich die dem deutschen Richter unbekannte Aufgabe zu, von Amts wegen darüber zu wachen, daß nicht nur erklärt wird, ob, sondern auch wie angenommen wird (bedingt oder unbedingt). Der Erbensprecher ist hierfür sowie über die Folgen der Annahmemodalitäten zu belehren²²⁾. Damit beeinflußt der so verfahrende Richter mittelbar bereits in diesem Stadium die spätere Ausgestaltung der Haftung des Erben. Er nimmt dabei also einen Akt vor, der dem deutschen Nachlaßrichter grundsätzlich fremd ist, denn auf die Ausgestaltung der Erbenhaftung übt letzterer im Regelfall keinen amtswegigen Einfluß aus. Der deutsche Richter kann dieser Schwierigkeit nicht einfach dadurch aus dem Wege gehen, daß er dieses Tätigwerden unterläßt. Wenn nämlich eine Erklärung über die Art der Annahme unterbleibt, fehlt es überhaupt an einer wirksamen Erbserklärung²³⁾, so daß sich hieran auch keine rechtlichen Folgen knüpfen können. Indem der deutsche Richter bei Annahme der Erbserklärung auf den notwendigen Inhalt hinwirkt, macht er also notwendigerweise schon den ersten, wenn auch geringfügigen Schritt in das amtswegige österreichische Abhandlungsverfahren.

Die Entgegennahme von Erbserklärungen durch den deutschen Nachlaßrichter führt außerdem aus einem anderen Grunde beinahe zwangsläufig ins Abhandlungsverfahren:

Anders als bei der - als vergleichbar angesehenen Entgegen-

22) Holter, AuBStrG, 25.

23) Klang-Weiss, §§ 801, 802 Vorbem. 2

nahme von Ausschlagungserklärungen (die sich denknotwendig nicht widersprechen können) - besteht bei verschiedenen positiven Erbserklärungen die Möglichkeit, daß sie sich auf Erbansprüche beziehen, die sich gegenseitig ausschließen: Hier taucht dann sofort die Frage auf, ob vom Standpunkt der hier bekämpften Ansicht (Gleichstellung des Erbserklärten mit dem BGB-Erben) einem der Erbserklärten nach Prüfung seiner Berechtigung allein durch das Nachlaßgericht der Erbschein erteilt werden müßte. Davon gehen die Vertreter dieser Ansicht offenbar aus. Dabei bleibt aber unberücksichtigt, daß der österreichische Gesetzgeber wegen der weitgehenden rechtsgestaltenden Wirkung der Einantwortung und daran geknüpften Haftungsfolgen bei Vorliegen widersprechender Erbserklärungen vorgeschrieben hat, daß die erbrechtliche Berechtigung im ordentlichen Streitverfahren (Erbrechtsstreit) nachgeprüft werden soll, bevor eingewantwortet werden darf²⁴⁾. Setzte man sich über diese angesichts der weittragenden Folgen der Einantwortung sinnvolle Anordnung hinweg und beließe es beim einfachen Verfahren im Rahmen der Erbscheinerteilung, so würde die vom österreichischen materiellen Recht ausgesprochene weite Rechtsfolge in einem Verfahren herbeigeführt, das auf eine weit weniger gravierende Rechtsfolge (Legitimationswirkung des Erbscheins mit der Möglichkeit jederzeitiger Entkräftung) ausgerichtet ist und damit unzureichend wäre. Um diesem Vorwurf zu entgehen, müßte konsequenterweise auch bei Vorliegen widersprechender Erbserklärungen österreichisches Verfahrensrecht berücksichtigt werden, was aber nach dem Ausgangspunkt der hier bekämpften Meinung gerade vermieden werden soll.

Diese Gesichtspunkte müssen dazu führen, eine Lösung im Wege der Gleichsetzung des Erbserklärten mit dem BGB-Erben als systemwidrig und in sich widersprüchlich abzulehnen.

(2) Ähnliche Argumente verbieten den von der Rechtsprechung²⁵⁾ beschrittenen Weg - Ausstattung des Erbscheins

24) Vgl. oben S. 34.

25) Vgl. Nachweise in FN 13.

mit den Wirkungen der Einantwortung, allerdings beschränkt auf das materielle Recht.

(a) Wenn dem Erbschein die Wirkung der Einantwortung beigelegt werden soll, wäre Mindestvoraussetzung, daß die materiellrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Einantwortung gegeben sind. Wie bereits erörtert, bedürfe es also zumindest einer wirksamen Erbserklärung. Diese allein in dem Antrag auf Erbscheinserteilung zu sehen, erscheint aufgrund ihres ganz anders gelagerten Charakters sehr bedenklich. Verlangt man aber eine ausdrückliche Erbserklärung, so steht man vor dem oben bereits ausführlich dargestellten Dilemma: Entweder wird ein dem österreichischen materiellen Recht nicht angemessenes Verfahrensrecht verwendet - oder es muß, entgegen dem Ausgangspunkt der Rechtsprechungsmeinung, bereits (wenn auch nur in geringem Maße) ausländisches Verfahrensrecht angewandt werden.

(b) Hinzu kommt noch, daß eine Begrenzung der Wirkungen einer anstelle der Einantwortung vorgenommenen Erbscheinserteilung auf die materiellen Rechtsfolgen kaum systemgerecht möglich wäre, was sich ganz einfach daraus ergibt, daß diese materiellrechtlichen Folgen zum Teil erst auf verfahrensrechtlichem Wege herbeigeführt werden bzw. abgesichert sind. Die Einantwortung hat materiellrechtlich die endgültige Klarstellung der Rechtszuständigkeit bezüglich der Verlassenschaft zur Folge - diese Endgültigkeit wird aber erst durch die verfahrensrechtliche Festlegung herbeigeführt, daß nach rechtskräftigem Abschluß eines Abhandlungsverfahrens eine weitere Abhandlung der gleichen Verlassenschaft ausgeschlossen ist, so daß etwa weitere Erbserklärungen unzulässig sind und etwaige Ansprüche eines übergangenen Erben nur im Wege der Erbschaftsklage geltend gemacht werden können. Nur so wird erreicht, daß z. B. für die Nachlaßgläubiger wirklich feststeht, wer ihr Schuldner ist und in welchem Umfang dieser haftet. Entzöge man der materiellrechtlichen Wirkung der Einantwortung diese verfahrensrechtliche Absicherung, indem man etwa - wie im deutschen Erbscheinsverfahren - eine jederzeitige Einziehung des

anstelle der Einantwortung erteilten Erbscheines zuließe, so entstünde damit eine derartig unsichere Rechtsinhaberschafts- und Haftungslage, daß sie sowohl für den Erben als auch seine Gläubiger unerträglich wäre. Im deutschen Erbrecht, in dem die tatsächliche Rechtsinhaberschaft und Haftung vom Erbschein unabhängig sind, besteht für eine derartige Rechtsbeständigkeit des Erbscheines kein Bedürfnis - das österreichische Erbrechtssystem bedarf angesichts seiner andersartigen Konstruktion in jedem Falle dieser verfahrensrechtlichen Absicherung.

Es zeigt sich also, daß es systemwidrig wäre, den anstelle der Einantwortung erteilten Erbschein lediglich mit materiellrechtlichen Wirkungen auszustatten. Auch von daher verbietet sich ein Vorgehen auf dem von der Rechtsprechung eingeschlagenen Wege.

II. Nachdem gezeigt wurde, daß es nicht möglich ist, den von der österreichischen materiellen Erbfolgeregelung aufgestellten Anforderungen an das Verfahren mittels Anwendung bzw. Anpassung deutschen Verfahrens gerecht zu werden, soll zusätzlich für den hier vorliegenden konkreten Fall festgestellt werden, ob speziell die Interessen der rechtsschutzsuchenden österreichischen Erbensprecher es rechtfertigen, eine Anwendung österreichischer Verfahrensnormen und insoweit eine Durchbrechung des lex-fori-Grundsatzes vorzunehmen.

1) Zweifel, ob derartig dringliche Interessen gegeben sind, resultieren zunächst aus der Ausgestaltung des österreichischen Erbverfahrens selber.

a) Danach unterbleibt in bestimmten Fällen regelmäßig auch in Österreich eine Einantwortung: Wenn kein oder nur geringfügiger Nachlaß vorhanden ist (Abtunung armutshalber, § 72 I, II AußStrG)²⁶⁾, sowie bei unbedeutenden Nachlässen, die nach

26) Vgl. oben S. 29.

Abzug der Schulden erschöpft sind (Überlassung an Zahlungs Statt, § 73 AußStrG)²⁷⁾, außerdem beim Verlassenschaftskonkurs²⁸⁾. In all diesen Fällen hat das Unterbleiben der Einantwortung die Folge, daß nach h. M.²⁹⁾ die ruhende Verlassenschaft weiterbesteht, bis Ersitzung eintritt. Daraus könnte gefolgert werden, daß ein besonders starkes Bedürfnis nach einer Einantwortung im Ausland erst recht nicht gegeben sei, wenn schon im Heimatstaat des Betroffenen das Weiterbestehen der ruhenden Verlassenschaft in einigen Fällen in Kauf genommen werde. Besonderes Gewicht scheint dieses Argument durch folgende statistische Feststellung zu gewinnen:

Untersuchungen des zahlenmäßigen Verhältnisses zwischen Verlassenschaftsverfahren mit und ohne Einantwortung haben ergeben, daß der weit überwiegende Teil der Verfahren ohne Einantwortung erledigt wurde. Zwar wurden die in der österreichischen Literatur³⁰⁾ genannten Verhältnisse (75-80 % Verfahren ohne Einantwortung) bei einer für die Jahre 1959-1969 im Gerichtsbezirk Salzburg vorgenommenen Untersuchung nicht ganz bestätigt³¹⁾,

27) Vgl. oben S. 29.

28) Vgl. oben S. 30.

29) Vgl. oben S. 30 f. sowie Teil 1, FN. 94.

30) Vgl. vor allem Fedynskyj, Rechtstatsachen, S. 70; Gschnitzer, ErbR, 52.

31) Dieser Unterschied ist wohl darauf zurückzuführen, daß Fedynskyj, auf den sich anscheinend auch Gschnitzer stützt, die Zahl der als Erben Berufenen mit der Zahl der Einantwortungen ins Verhältnis setzt, was notwendigerweise zu einer Verschiebung führt. Setzt man die von ihm untersuchten Erbfälle (6207) mit der Zahl der Einantwortungen (rund 3.500) ins Verhältnis, ergäbe dies einen Anteil der Einantwortungen von mehr als 50 %. Diese Zahl wird dadurch erklärlich, daß die Untersuchung aus der Zeit vor der Novelle zum AußStrG von 1923 stammt; also vor der Einführung der Abtunung armutshalber bei geringwertigen Nachlässen. Nach Fedynskyj sank die Zahl der Einantwortungen danach um etwa 4-5 %. Damals lag die Wertgrenze in der VO zu § 72 jedoch auch noch unter der heute geltenden Grenze von 5.000 ÖS (vgl. Teil I, FN 87). Berücksichtigt man diese Änderung, so dürfte sich der Unterschied zwischen den gefundenen Zahlen in etwa erklären.

immerhin ergab sich dort bei ca. 10.000 untersuchten Fällen folgendes Bild³²⁾:

Mit Einantwortung beendete Verlassenschaftssachen	31,0 %
Abtueung armutshalber, § 72 I, II AuBStrG	40,9 %
Überlassung an Zahlungs Statt, § 73 AuBStrG	9,5 %
Erledigung auf andere Weise (Verlassenschaftskonkurs, Ausländerverlassenschaften etc.)	18,6 %
	100,0 %

Demnach wurden also 69 % aller Verlassenschaftssachen ohne Einantwortung beendet. Geht man davon aus, daß auch bei in Deutschland versterbenden Erblassern vergleichbare Vermögensverhältnisse herrschen, so erscheint der Schluß zulässig, daß quantitativ gesehen nur ein geringes Interesse an Einantwortungen durch deutsche Gerichte besteht.

Diese rein quantitative Betrachtung verliert aber weitgehend an Bedeutung bei der Berücksichtigung zweier weiterer Gesichtspunkte:

Einmal fällt unter die 69 % ohne Einantwortung abgehandelten Sachen ein sehr großer Prozentsatz von Erbfällen, in denen eine Einantwortung auf Antrag der Betroffenen hätte stattfinden müssen. Nur wenn überhaupt kein Nachlaßvermögen vorhanden ist, kann gem. § 72 I AuBStrG keine Einantwortung stattfinden. Daraus folgt, daß in weit über 60 % der untersuchten Fälle eine Einantwortung möglich gewesen wäre. Von dieser Möglichkeit wird aber gerade dann Gebrauch gemacht, wenn Unklarheiten oder Streitigkeiten zwischen den Hinterbliebenen bestehen.

32) Die genauen Zahlen waren:	
Beendete Verlassenschaftssachen	9.958
davon:	
durch Einantwortung	3.081
durch Abtueung armutshalber	4.076
durch Überlassung an Zahlungs statt	947
auf andere Weise	1.854
	9.958

Gerade diese Fälle werden aber in Deutschland, weil Ausländer betroffen sind, häufig sein und an die Nachlaßgerichte herangetragen werden. Wegen des Fehlens einer amtswegigen Einleitung von Nachlaßsachen wird in klaren, unstreitigen Fällen bei geringwertigen Nachlässen kaum ein Ansatzpunkt für ein nachlaßgerichtliches Tätigwerden gegeben sein. Daraus ergibt sich, daß kaum ein Fall an ein deutsches Nachlaßgericht herangetragen werden wird, in dem - hätte der Erbfall sich in Österreich ereignet - nicht auch eine Einantwortung hätte erfolgen müssen. Es kann daher unbedenklich von der Regel ausgegangen werden, daß bei Inanspruchnahme eines deutschen Nachlaßgerichtes durch die Erben eines Österreichers grundsätzlich ein Bedürfnis an und auch - von der österreichischen Rechtsordnung her gesehen - die Möglichkeit einer Einantwortung gegeben sein wird.

b) Ähnlich gelagert ist auch der zweite Grund, der für ein echtes, vordringliches Bedürfnis nach Einantwortungen durch deutsche Gerichte spricht: Gerade in den 31 % aller Fälle, die nach dem AußStrG mit der Einantwortung enden müssen, sind Nachlaßgegenstände vorhanden, die aufgrund ihres Wertes dringend einer Feststellung der zugehörigen Rechtsinhaberschaft bedürfen, weil andernfalls auf längere Dauer der unklare Zustand des ruhenden Nachlasses fortbestände. Derartig gelagert wird aber ein großer Teil der Erbfälle sein, mit denen deutsche Nachlaßgerichte befaßt werden.

Gerade dann treten die Interessen der österreichischen Erban sprecher an einer schnellen, kostensparenden und sachverhaltensnahen Lösung in den Vordergrund.

2) Fraglich bleibt aber noch, ob diese Interessen wirklich schwerwiegend beeinträchtigt werden, wenn zur Schaffung der nötigen Rechtsklarheit der Weg zu den österreichischen Nachlaßgerichten beschritten wird. Das Fehlen einer solchen Beeinträchtigung könnte sich aus dem einfachen Grunde ergeben, daß auch für in Deutschland anfallende österreichische Erban gelegenheiten die österreichischen Nachlaßgerichte zur Verfügung stehen. Zumindest nach der gesetzlichen Regelung des § 21 AußStrG

iVm §§ 105, 106 JN³³⁾ ist für eine Verlassenschaftsabhandlung nach einem, gleichwo verstorbenen, österreichischen Staatsangehörigen immer ein zuständiges Nachlaßgericht gegeben: Das gilt nach der österreichischen Rechtsprechung selbst dann, wenn ein ausländisches Gericht den gesamten Nachlaß eines Österreichers bereits abgehandelt und eingewantwortet hat³⁴⁾. Dies scheint dafür zu sprechen, daß für jeden österreichischen Erbschaftspräsidenten ohne weiteres eine Abhandlung und Einantwortung durch österreichische Gerichte zu erlangen wäre, wobei so vorgegangen werden könnte, daß die deutschen Gerichte und Notare die an Ort und Stelle vorzunehmenden notwendigen Erklärungen und Formalitäten im Wege der Rechtshilfe erledigen könnten. Dieser zunächst problemlos erscheinenden Lösung stehen sich jedoch nicht zu unterschätzende praktische Schwierigkeiten entgegen:

a) Ganz allgemein würden die Entscheidungen dann in der Hauptzahl der Fälle durch Gerichte getroffen, denen zwar die größere Nähe zur österreichischen Rechtsordnung zukäme, denen aber die Nähe zum konkreten Erbschaftsverhalt notwendigerweise fehlen müßte. Gerade in Erbschaftsangelegenheiten ist jedoch eine gewisse Sachverhaltsnähe von nicht zu unterschätzender Bedeutung - etwa im Hinblick auf die Ermittlung möglicher Erben des Verstorbenen oder der Feststellung des Nachlasses.

b) Ohne weiteres zutreffen dürfte hier auch das schon erwähnte Kostenargument, das gerade bei weniger umfangreichen Nachlässen einen nicht zu unterschätzenden Grund dafür abgeben sollte, möglichst wenige und örtlich nahegelegene Organe der Rechtspflege in Anspruch zu nehmen.

c) Entscheidend dürfte aber ein, speziell aus der österreichischen Gerichtspraxis herrührendes Argument sein:

33) Text der Vorschriften abgedruckt bei Fetter-Edlbacher, § 21.

34) Fetter-Edlbacher, § 21, Bem. 1; OGH v. 26.10.1932, öZBl. 1933, 85 = öNotZ 1933, 155.

In Abweichung von dem oben aufgezeigten Grundsatz steht die österreichische Rechtsprechung auf dem Standpunkt, daß es zwecklos sei, einen Nachlaß in eine Verlassenschaftsabhandlung einzubeziehen, der sich in einem ausländischen Staat befinde, welcher ihn nicht ausfolge, insbesondere, wenn kein Gegenseitigkeitsvertrag besteht³⁵⁾. Im Verhältnis zur BRD besteht ein solcher Gegenseitigkeitsvertrag nicht³⁶⁾. Zu welchen Folgen dies führt, soll an der Praxis des Bezirksgerichts Salzburg erläutert werden:

In den Jahren 1967-1969 wurde dieses Bezirksgericht rund zwanzigmal mit Erbfällen befaßt, die eine Beziehung zu Deutschland aufwiesen, sei es, daß sich Erblasser, Nachlaß oder Erben oder mehrere von diesen in Deutschland befanden.

aa) Falls sich lediglich Gegenstände des Nachlasses, nicht aber Erben oder der Erblasser in der Bundesrepublik befanden oder befunden hatten, wurde eine (unbeschränkte) Einantwortung oder Überlassung an Zahlungs Statt ausgesprochen³⁷⁾.

bb) Das gleiche galt, wenn sich nur die Erben oder Teile des Nachlasses in Österreich befanden³⁸⁾.

cc) Ganz anders aber wurde verfahren, wenn sich weder Erblasser, noch Nachlaß, noch Erben in Österreich befanden. In allen diesen Fällen wurde zu einem Verfahren gegriffen, für das eine gesetzliche Grundlage nicht ersichtlich ist: Ohne Rück-

35) OGH v. 7.11.1933, öNotZ 1934, 189; OGH v. 28.4.1955, EvBl. 414 = öJZ 1955, 678.

36) Vgl. oben S. 12, FN 14.

37) So in den Beschlüssen des Bezirksgerichts Salzburg vom 3.9.1968, 1 A 25/67; 6.6.67, 1 A 45/67; 22.3.68, 1 A 778/67.

38) In den Beschlüssen BezGer. Salzburg vom 2.8.1967, 1 A 419/67; 24.7.1968, 1 A 700/67.

sicht darauf, ob ein (teilweise beträchtlicher) Nachlaß vorhanden war, wurde durch Beschluß festgestellt, daß mangels Nachlaßvermögens eine Abhandlung nicht stattfindet³⁹⁾.

Vergegenwärtigt man sich diese Praxis, die in der OGH-Rechtsprechung⁴⁰⁾ ihre Stütze findet, so bedarf es keiner näheren Ausführung, daß es einem in Deutschland erbansprechenden Österreicher nicht ohne weiteres möglich sein wird, eine Einantwortung durch ein österreichisches Gericht zu erlangen - daß also der ohnehin schon schwierige und kostenreiche Weg zum österreichischen Gericht noch mit dem zusätzlichen Risiko belastet ist, nicht einmal zu dem erwünschten Ziel zu führen.

Die spezielle Interessenlage bei den hier zu behandelnden Erbfällen ist also durchaus so, daß ein derart dringliches Bedürfnis an einer Rechtsschutzgewährung durch inländische Gerichte besteht, das ein Abweichen vom lex-fori-Grundsatz als gerechtfertigt erscheinen läßt.

III. Steht nunmehr fest, daß ohne Heranziehung österreichischen Verfahrensrechtes nicht auszukommen ist, gilt es noch, den Umfang der notwendigen Heranziehung zu bestimmen. Dabei ist von dem Grundsatz auszugehen, daß nur eine Minimalzahl von fremden Regeln herangezogen werden sollte, um die Durchbrechung inländischer Verfahrensgrundsätze möglichst gering zu halten. Das Minimum des heranzuziehenden Verfahrens ergibt sich aus der Über-

39) Beschlüsse des BezGer. Salzburg vom 5.7.1967, 1 A 118/67 (Nachlaß: Gesellschaftsanteil und Lebensversicherung); 27.9.1967, 1 A 495/67 (kein Nachlaß ersichtlich); 8.5.1968, 1 A 550/67 (Nachlaß: Aktienpaket, Wohnungseinrichtung, persönliche Habe); 22.2.1968, 1 A 570/67 (kein Nachlaß ersichtlich); 16.2.1968, 1 A 751/67 (Wohnungseinrichtung, Sparkassenguthaben); 12.2.1968 1 A 759/67 (Vermerk: Nachlaßvermögen "ja"); 24.4.1968, 1 A 358/68 (Sparguthaben, persönliche Habe); 19.12.1968, 1 A 685/68 (Bewegliche Habe, Betriebsvermögen, Sparkonten, Wert ca. 45.000 DM); 31.1.1969, 1 A 20/69 (Handelsgeschäftsanteil, Liegenschaften); 28.2.1969, 1 A 149/69 (kein Nachlaß ersichtlich).

40) Vgl. FN 35.

legung, welche Vorschriften unbedingt beachtet werden müssen, um noch von einer systemgerechten Lösung sprechen zu können. Aufzuzeigen sind also die Regeln, deren Mißachtung dazu führen müßte, einer so erfolgten Einantwortung nach der Systematik der österreichischen Rechtsordnung die Wirksamkeit abzusprechen. Um Wiederholungen zu vermeiden, soll, sobald feststeht, daß eine Einzelregel beachtet werden muß, überprüft werden, ob ihre Verwirklichung das deutsche Gericht überforderte.

1) Eine Übernahme des im österreichischen Verlassenschaftsverfahren herrschenden Prinzips des grundsätzlich amtswegigen Vorgehens⁴¹⁾ erscheint nicht erforderlich. Dafür spricht zunächst, daß die Amtswegigkeit im österreichischen Verfahren selbst weitgehend zugunsten der Parteiinitiative durchbrochen ist. Des weiteren beruht - wie gezeigt⁴²⁾ - die Amtswegigkeit zum Teil auf geschichtlichen und fiskalischen Gründen, die naturgemäß nur für den österreichischen Rechtskreis selbst Bedeutung haben können. Soweit aber durch die Amtswegigkeit eine bestimmte, vom materiellen Recht gewollte Fürsorgetätigkeit der Gerichte zugunsten bestimmter Schutzwürdiger angestrebt wird⁴³⁾, so sind deren Interessen, soweit sie unbedingt schutzwürdig erscheinen, auch durch das Beachten von Einzelvorschriften⁴⁴⁾ zu wahren, so daß eine generelle Übernahme des Amtswegigkeitsprinzips über das angestrebte Ziel hinausginge.

2) Keinerlei Einfluß auf die Systemgerechtigkeit und Wirksamkeit einer Einantwortung kommt dem Wege zu, auf dem das Nachlaßgericht die zur Einantwortung notwendigen Tatsachenkenntnisse und Erklärungen der Betroffenen erlangt und mit welchen

41) Vgl. oben S. 27 ff.

42) Vgl. oben S. 8 f.

43) So z. B. das gerichtliche Hinwirken auf die Berücksichtigung der Interessen der Nacherben (§ 158 AuBStrG), der Vermächtnisnehmer (§ 161 AuBStrG) und bestimmter Legatäre (§§ 159, 160 AuBStrG).

44) Vgl. dazu unten S. 104 f., 108 f.

technischen Hilfsmitteln diese registriert werden,

Im deutschen Verfahren können daher unberücksichtigt bleiben:

a) Die Vorschriften, die die Mitteilungspflicht der Standesämter im einzelnen⁴⁵⁾ regeln. Die österreichischen Gerichte können nämlich auch ohne derartige Mitteilungen tätig werden⁴⁶⁾.

b) Ebenso erübrigt sich die Anlage eines gesonderten Registers (sog. A-Register)⁴⁷⁾, da die dortige Erfassung des Verfahrens keinerlei konstitutive oder deklaratorische Bedeutung hat. Ein deutsches Gericht kann also ohne weiteres für derartige Fälle das nach der jeweils gültigen Fassung der Aktenordnung vorgesehene Register für Nachlaßsachen zur Eintragung benutzen⁴⁸⁾.

c) Ebenso entfällt das Erfordernis einer gesonderten Todfallsaufnahme (§ 71 AuBStrG). Der Informations- und vor allem Gebührensicherungszweck⁴⁹⁾ der Todfallsaufnahme bedingen nicht, daß ohne diese nicht eingeworfen werden könnte. Vielmehr ist die Todfallsaufnahme lediglich eine der technischen Grundlagen, auf denen das amtswegige Verlassenschaftsverfahren fußt. Da die Amtswegigkeit - wie gezeigt - nicht ins deutsche Verfahren übernommen zu werden braucht, erübrigt sich bereits von daher eine Todfallsaufnahme in Deutschland. Entscheidend ist letztlich aber, daß die Einantwortung ohnehin sämtliche Nachlaßgegenstände umfaßt - unabhängig davon, ob sie - etwa

45) Siehe Teil 1, FN 75.

46) Rintelen, Grundriß, 53.

47) Vgl. oben S. 27

48) Nach diesen Gesichtspunkten entscheidet auch Schlechtriem, Ausl. ErbR die Zulässigkeit eines Verfahrens nach der Aktenordnung.

49) Rintelen, Grundriß, 53.

aufgrund der Todfallsaufnahme - dem Nachlaßgericht bekannt waren oder nicht⁵⁰⁾.

d) Den Vorschriften über die Kundmachung der Verfügungen von Todes wegen (§§ 61-70 AuBStrG) kommt keine maßgebliche Bedeutung für die Einantwortung zu. Das ergibt sich bereits daraus, daß die Kundmachung lediglich in Gegenwart von Zeugen, nicht etwa der Beteiligten, vorzunehmen ist und auch noch nach Einantwortung erfolgen kann⁵¹⁾.

Ohne Bedenken können daher im deutschen Verfahren die Grundsätze über die Eröffnung von Testamenten (§§ 2260 ff., 2300 BGB) Anwendung finden.

3) Ohne Bedeutung für das deutsche Nachlaßgericht sind die speziellen Verfahrensarten bei fehlendem oder geringfügigem Nachlaß (§§ 72 f. AuBStrG). Die Notwendigkeit zu einem derartigen Vorgehen ergibt sich lediglich für die österreichischen Gerichte, die bei jedem Todesfall amtswegig ein Verfahren eröffnen. Der deutsche Richter hingegen wird bei fehlendem Nachlaß gar nicht in Anspruch genommen werden. In allen anderen Fällen wird aber, wenn die Erbensprecher ein Tätigwerden des Gerichts beantragen, auch eine Einantwortung erfolgen müssen, da es dem Erben freisteht, eine Einantwortung zu verlangen (§ 72 II AuBStrG).

4) Zentrale Bedeutung für das gesamte österreichische Abhandlungsverfahren und somit für die Einantwortung kommt hingegen den Erbserklärungen der Erbensprecher zu. Aus §§ 799 ABGB sowie § 120 AuBStrG folgt, daß ohne (positive) Erbserklärung eine Einantwortung nicht ausgesprochen werden kann.

50) Arg. § 179 I S. 2 AuBStrG.

51) Vgl. §§ 61, 62 und 180 AuBStrG sowie oben S. 28

a) Es fragt sich, wie weit der deutsche Richter das mit der Abgabe und Annahme der Erbserklärung zusammenhängende Verfahren zur Grundlage seines Handelns machen muß, damit diese Voraussetzung der Einantwortung wirksam und systemgerecht erfüllt wird.

aa) Gem. § 116 AußStrG hat das Nachlaßgericht die Erben von sich aus dazu aufzufordern, die erforderlichen Erbs-erklärungen abzugeben. Ein gleichartiges Vorgehen des deutschen Nachlaßrichters erscheint jedoch aus dem bereits mehrfach ange-deuteten Grunde der nicht zu übernehmenden Amtswegigkeit als nicht notwendig. Der deutsche Nachlaßrichter kann also abwar-ten, bis von einem der Betroffenen ein richterliches Tätigwer-den verlangt wird.

bb) Liegt ein solches Verlangen in irgendeiner Form - etwa in einem Antrag auf Erbscheinerteilung - vor, muß der deutsche Richter den ersten Schritt ins österreichische Verfah-ren tun: Er muß darauf hinwirken, daß nunmehr eine wirksame Erbserklärung abgegeben wird, denn anders kann er dem an ihn herangetragenen Anliegen des Erbansprechers nicht gerecht wer-den.

Eine wirksame Erbserklärung setzt nun aber außer der für den deutschen Richter unproblematischen Erklärung, die Erbschaft anzunehmen, eine Erklärung über die Art der Annahme, (bedingt oder unbedingt) voraus (§ 800 ABGB), weil das österreichische materielle Recht mit der Annahme bereits unlöslich die Frage der Haftungsausgestaltung verknüpft (§§ 801, 802 ABGB). Wollte der deutsche Richter diese Verknüpfung lösen, brächte er damit das gesamte Haftungssystem des ABGB-Erbrechts aus dem Gefüge und setzte sich so in Widerspruch mit dem aufgrund IPR-Be-fehls zu verwirklichenden materiellen Recht.

Ebenso wie sein österreichischer Kollege muß der deutsche Rich-ter den Erbansprecher daher vor die Alternative stellen, ob er

bedingt oder unbedingt annehmen will und ihn auf die daraus resultierenden Folgen hinweisen.

Erfolgt dann eine derartige Erklärung, so muß diese vom Richter angenommen werden, da sie - ebenso wie die deutschrechtliche Ausschlagungserklärung - amtsempfangsbedürftig ist.

Die Entgegennahme einer solchen Erklärung dürfte dem deutschen Nachlaßrichter aber keine größeren Schwierigkeiten bereiten - wenn auch, wie gezeigt - ein starker Unterschied zur Annahme einer Ausschlagungserklärung besteht, so erfordert dieser Unterschied jedoch keine gänzlich ungewohnte Tätigkeit.

Ob die gem. § 122 AußStrG vorgeschriebene Form der eigenhändigen Unterschrift angesichts der Vorschrift des Art. 11 I EGBGB vor dem deutschen Nachlaßrichter gewahrt werden muß, erscheint zweifelhaft, kann aber auch dahinstehen, da wohl im Regelfall eine Unterschrift entweder unter der schriftlich eingebrachten Erklärung oder der Niederschrift des Nachlaßgerichtes gegeben sein wird.

cc) Mit der Annahme einer bedingten, d.h. unter dem Vorbehalt der Inventarerrichtung abgegebenen Erbserklärung wird fraglich, ob damit ein weiterer Schritt ins österreichische Verfahren notwendig wird: § 802 ABGB schreibt in diesem Falle eine Inventarerrichtung durch das Gericht vor. Eine Inventarerrichtung durch das Gericht ist der deutschen Rechtsordnung jedoch nicht fremd - auf Antrag des Erben hat gem. § 2003 BGB das Nachlaßgericht ein Inventar aufzunehmen, das in seiner Einzelausgestaltung gem. § 2001 BGB der Parallelvorschrift des § 97 AußStrG entspricht. Angesichts des Vorliegens eines Inventarvorbehalts des Erbansprechers kann auch der gem. § 2003 BGB erforderliche Antrag als gegeben angesehen werden. Eine Heranziehung österreichischen Verfahrensrechts erübrigt sich also insoweit.

dd) Hat der Nachlaßrichter eine Erbserklärung (und damit gleichzeitig das Einantwortungsbegehren) entgegengenommen und kommen noch weitere Erbanwärter bezüglich des gleichen Erbrechts in Betracht, so müssen diese allerdings - in Abweichung von dem unter a) aufgestellten Grundsatz - ins Verfahren einbezogen werden, etwa durch die Aufforderung, sich binnen einer bestimmten Frist ebenfalls zur Erbschaft zu erklären. Diese Notwendigkeit folgt daraus, daß nach Einantwortung das Abhandlungsverfahren nach § 819 ABGB abzuschließen ist, d.h., daß auch keine weiteren Erbserklärungen mehr abgegeben werden können⁵²⁾. Auf den Abschluß des Abhandlungsverfahrens mit diesen Wirkungen kann - entgegen dem deutschen Erbscheinsverfahren - auch nicht verzichtet werden, da nach der Systematik des ABGB nach der Einantwortung eine abschließende, nur im Klagewege angreifbare Regelung der Rechtszuständigkeit und Haftungsgestaltung bestehen soll.

Bevor also dieser, weitere mögliche Erbansprecher weitgehend ausschließende Zustand mit der Einantwortung herbeigeführt wird, muß den Betroffenen Gelegenheit gegeben werden, ihrerseits Erbserklärungen abzugeben.

Ein derartiges Vorgehen entspricht auch durchaus der bei den deutschen Nachlaßgerichten bestehenden Übung, bei Beantragung eines Erbscheines durch einen von mehreren infragekommenden Erben die übrigen hiervon in Kenntnis zu setzen und unter Fristsetzung zur Stellungnahme aufzufordern, um sich so im Rahmen der §§ 2358, 2359 BGB die notwendige Überzeugung vom Erbrecht des Antragstellers zu verschaffen.

ee) Problematisch erscheint die Bewertung des Verfahrens bei kollidierenden Erbserklärungen (Aussetzung der Abhandlung und Verweisung ins streitige Verfahren - Erhebung der Erbrechts(feststellungs)klage⁵³⁾). Die Notwendigkeit

52) Vgl. oben S. 17.

53) Vgl. § 125 AußStrG sowie oben S. 22 f.

eines solchen Vorgehens resultiert aus der Konsumtions- und Präklusivwirkung der Einantwortung, mittels derer die vom materiellen Recht gewollte Fixierung der Rechtsinhaberschaft und Haftungslage verwirklicht wird.

Wenn nämlich nach dem Willen des österreichischen Gesetzgebers nach einer einmaligen Einantwortung nie ein zweites Abhandlungsverfahren sowie keine zweite Einantwortung stattfinden soll, so müssen die Rechte des eventuell bei der Einantwortung zu übergehenden Erbsprechers vor dem Abschluß des Verfahrens eingehender überprüft und gewürdigt werden, als dies etwa im deutschen außerstreitigen Verfahren notwendig ist, wo ein unrichtiger Erbschein jederzeit eingezogen werden kann. Da aber andererseits - wie schon dargelegt - aus systematischen Gründen nicht auf die abschließende Wirkung der Einantwortung verzichtet werden kann, wäre ohne ein derartiges (Vor-) Verfahren eine den Interessen der Beteiligten gerecht werdende Abhandlung nicht möglich. Hinzu kommt ein weiteres, praktisches Argument: Verzichtete man auf eine Verweisung der sich widersprechenden Erbsprecher auf dem Weg der Feststellungsklage, so müßte man dem danach bei der Einantwortung übergangenen Teil zumindest zugestehen, sein vermeintliches oder wirkliches Recht später im Wege der Erbschaftsklage (Herausgabeklage) geltend zu machen. Sollte dann das Gericht im Streitverfahren zu einem Ergebnis kommen, das von der außerstreitigen Entscheidung abweicht, so lägen unnötigerweise widerstreitende Entscheidungen vor, die sich bei vorheriger Eröffnung des Streitweges hätten vermeiden lassen.

Angesichts dieser, aus der besonderen Wirkungsweise der Einantwortung herrührenden Sachlage bei widersprechenden Erbsklärungen erscheint es als unbedingt notwendig, in diesem Fall die Erbsprecher eine Entscheidung im Streitverfahren herbeiführen zu lassen. Die Anwendung dieser Regel im deutschen Verfahren mag auf den ersten Blick befremdlich erscheinen, weil der deutsche Nachlaßrichter grundsätzlich selbst zu der Entscheidung kommen muß, ob er ein Erbrecht des einen

oder anderen als gegeben ansieht. Andererseits hat er aber auch immer die Möglichkeit, seiner Entscheidung im Wege der Einziehung des Erbscheins ihre Wirkungen zu nehmen. Dieser Weg soll aber bei der Einantwortung gerade nicht begangen werden. Andererseits ist aber auch innerhalb des inländischen Nachlaßverfahrens eine Entscheidung über die Erbenqualität im Ausnahmefall im Streitverfahren zu erwirken - nämlich im Falle der Geltendmachung der Erbunwürdigkeit (§ 2342 BGB). In diesem Ausnahmefall muß auch der deutsche Richter den Antragsteller, der sein Erbrecht aus der Erbunwürdigkeit eines anderen Berufenen herleitet, zunächst auf den Klageweg (Erhebung einer Gestaltungsklage⁵⁴⁾) verweisen und kann erst nach rechtskräftiger Entscheidung dem Antrag auf Erbscheinerteilung entsprechen. Ein Vorgehen des deutschen Richters nach § 125 AußStrG ist daher insofern notwendig und möglich, als bei widersprechenden Erbserklärungen die Erbensprecher darauf zu verweisen sind, zunächst im Wege der Feststellungsklage über ihr Erbrecht zu streiten. Entbehrlich erscheint allerdings die von § 125 AußStrG vorgeschriebene Verteilung der Kläger- und Beklagtenrolle⁵⁵⁾. Für einen solch speziellen Eingriff besteht auch nach der Systematik des österreichischen Erbrechts kein Bedürfnis.

b) § 149 AußStrG knüpft die Einantwortung an die weitere Bedingung, daß der Erbe bestimmte Ausweise erbringt⁵⁶⁾.

aa) Notwendig und unverzichtbar ist sicherlich der Erbrechtsausweis (-nachweis) gem. § 149 I AußStrG. Die Verwirklichung im deutschen Verfahren ist auch unproblematisch, da auch die Erbscheinerteilung gem. §§ 2354 ff. BGB von derartigen Nachweisen abhängt.

bb) Das Abverlangen der übrigen Nachweise erscheint jedoch nicht als systembedingte und damit zwingende Voraus-

54) Str., so Erman-Bartholomeyczik, § 2342, Bem. 1.

55) Vgl. dazu oben S. 17

56) Im einzelnen vgl. oben S. 35 f.

setzung der Einantwortung. Das ergibt sich zunächst daraus, daß diese zu einem Teil nur in ganz besonders gelagerten Fällen überhaupt notwendig sind (vgl. etwa die Regelung für Feststellung und Sicherung des Pflichtteiles der Noterben, § 162 AuBStrG), zum Teil auch das Verlangen ins Ermessen des Gerichtes gestellt ist (vgl. § 161, 2 AuBStrG). Auch hier ist wieder Hauptgrund für das Tätigwerden des österreichischen Nachlaßrichters nicht Art und Ausgestaltung der Einantwortung, sondern die Amtswegigkeit des Verfahrens und die dieser ursprünglich zugrundeliegenden fürsorgerischen und fiskalischen Interessen. Im deutschen Verfahren muß es als ausreichend erscheinen, daß die Erfüllung der dem Erben vom Erblasser und durch das ABGB auferlegten Verpflichtungen von den Begünstigten bzw. deren Vertretern selbst verlangt und überbracht wird, denn deren Rechte werden durch die Einantwortung nicht grundsätzlich ausgeschlossen oder geschmälert.

c) Der eigentliche Akt der Einantwortung erfolgt durch Erlaß der Einantwortungsverordnung (§§ 819 ABGB, 174 AuBStrG).

aa) Dies geschieht von Amts wegen durch Ausstellung und Zustellung der Einantwortungsurkunde⁵⁷⁾. Dieses förmliche Verfahren ist notwendig, damit die Einantwortung die ihr eigene Rechtskraft erlangen kann⁵⁸⁾. Der Inhalt der Urkunde ergibt sich zunächst zwingend aus der Notwendigkeit der Konkretisierung von Einantwortungsgegenstand und Einantwortungsadressaten.

bb) Zusätzlich ist in der Urkunde auszusprechen, daß das Abhandlungsverfahren beendet ist. Diesem Ausspruch kommt insofern große Bedeutung zu, als auf diesem Wege verfahrensrechtlich festgelegt wird, daß neuerliche, zu einer weiteren Einantwortung führende Nachlaßverfahrensakte nicht vorgenom-

57) Vgl. dazu oben S. 37.

58) Vgl. Holter, AuBStrR, 47.

men werden können⁵⁹⁾. Dies dient, ebenso wie Urkundserteilung und Zustellung der angesichts der ABGB-Systematik notwendigen endgültigen Festlegung der Rechtsinhaberschaft und Haftungsgestaltung. Unterließe man diese verfahrensrechtliche Absicherung, läge hierin eine unbedingt zu vermeidende Gefährdung des Gesamtsystems. Die Beendigungserklärung muß daher in die Einantwortungsurkunde aufgenommen werden. Besondere, über das Maß des Möglichen hinausgehende Anforderungen an ein deutsches Nachlaßgericht werden auch insofern nicht gestellt.

cc) Die Erteilung einer Urkunde weicht, soweit damit inhaltlich die Konkretisierung des Erblässers, des Erbfalles, der Erben, der Art und der Höhe des Erbrechts vorgenommen wird, nicht wesentlich von der Erbscheinerteilung ab, die gleiche Inhaltserfordernisse stellt.

dd) Das wegen der rechtsgestaltenden Wirkung anders als beim Erbschein notwendige Wirksamwerden durch Zustellung stimmt mit den in § 16 FGG festgelegten Grundsätzen weitgehend überein.

ee) Zweifel mögen noch bestehen, ob die Herbeiführung der rechtsgestaltenden Wirkung der Einantwortung den Funktionskreis des Nachlaßrichters in irgendeiner Weise überschreitet. Teilweise wird die Auffassung vertreten, es gehöre nicht zu den Befugnissen deutscher Nachlaßgerichte, durch gerichtlichen Akt Besitz und Eigentum auf Personen zu übertragen. Eine Argumentation, daß eine missio in bona in der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch andere Vorschriften (z. B. §§ 1, 5, 8 der 6. DVO zum EheG) vorgesehen sei, wird mit dem Hinweis zurückgewiesen, daß die Frage, ob der institutionelle Bereich gewahrt bleibe, sich nicht nach dem Aufgabenkreis der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Ganzen bestimme, sondern nach dem Funktionsbereich ihres jeweiligen Zweiges (Vormundschaftssachen, Nachlaßsachen)⁶⁰⁾. Diese Trennung erscheint jedoch als willkürlich

59) Vgl. oben S. 17.

60) v. Craushaar, Internat. Anwendbarkeit, 96.

und wird den wirklichen Gegebenheiten nicht gerecht. Es muß sich bei der Feststellung des Funktionsbereiches gleichbleiben, ob aufgrund der innerdienstlichen Regelung eines größeren Gerichtes dessen Abteilung für Vormundschaftssachen oder Nachlaßsachen tätig werden muß; entscheidend ist, daß in allen Fällen das Amtsgericht als Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig wird⁶¹⁾. Nur insoweit erscheint eine Begrenzung des Funktionskreises sinnvoll.

Den Nachlaßgerichten selbst kommt außerdem eine in ihren Wirkungen der Einantwortung sehr nahekommende Aufgabe zu: Die Feststellung des Erbrechtes des Fiskus gemäß § 1964 BGB. Zwar hat diese Feststellung keine rechtsbegründende Wirkung bezüglich des Staatserbrechtes, da sie lediglich eine Vermutung für das gesetzliche Staatserbrecht schafft⁶²⁾. Übereinstimmend mit der Einantwortung hat sie jedoch die Wirkung, daß erst nach ihrem Ergehen vom und gegen den Ausgewiesenen Erbschaftsrechte geltend gemacht werden können (§ 1966 BGB). Wenn eine derartig ausgestaltete Feststellung in den Funktionsbereich des Nachlaßgerichtes fällt, kann ihm die Fähigkeit zur Vornahme einer Einantwortung nicht wegen Überschreitung seiner Funktionen abgesprochen werden.

d) Offen bleibt damit lediglich noch die Frage, ob auch die Nachlaßabhandlung in der vom österreichischen Recht notwendig gemachten Weise abgeschlossen⁶³⁾ werden kann, so daß also vom Grundsatz des § 18 FGG abgewichen würde. Daß eine solche Handhabung nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, zeigt die Vorschrift des § 55 FGG. Auch dort wird mit Rücksicht auf bestimmte gravierende Auswirkungen von Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Abänderbarkeit durch das FwG-Gericht in gewissem Maße eingeschränkt. Einer solchen Einschränkung bedarf aber angesichts der weitgehenden Wirkungen der Einant-

61) Vgl. die Argumentation von Booß, Wesenseigene Zust., 73, die allerdings in anderem Zusammenhang gebraucht wird.

62) Erman-Bartholomeyczik, § 1964, Bem. 1.

63) Vgl. oben S. 17 f. und S. 38.

wortung für Erben und Gläubiger nach dem ABGB auch die Abänderbarkeit dieser Entscheidung. Von daher ist also der ausdrücklich zu erklärende, endgültige Abschluß des Abhandlungsverfahrens als durchführbar anzusehen.

5) Zusammenfassend ergibt sich, daß der deutsche Nachlaßrichter bei den hier untersuchten Erbfällen nach österreichischen Erblässern folgendermaßen vorgehen kann und muß:

a) Er muß Erbserklärungen der Erbansprecher in bedingter oder unbedingter Form annehmen.

b) Er muß weitere mögliche Erbansprecher in das Abhandlungsverfahren einbeziehen.

c) Er muß bei widersprechenden Erbserklärungen die Erbansprecher ins streitige Verfahren verweisen und das Nachlaßverfahren bis zur Entscheidung aussetzen.

d) Eventuell muß durch das Gericht ein Inventar errichtet werden.

e) Er muß, falls er das Erbrecht des Erbansprechers für ausreichend nachgewiesen erachtet, eine Einantwortungsverfügung in Urkundenform erlassen und eine Ausfertigung dem Ansprecher zustellen.

f) Die Verfügung sollte etwa folgendem Muster entsprechen:

In Anwendung österreichischen Rechts wird der bewegliche Nachlaß des am 8.7.1971 in Düsseldorf unter Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung verstorbenen österreichischen Staatsbürgers Aquilin Austrianik, zuletzt wohnhaft Düsseldorf-Benrath, Habsburger-Straße 11, der Witwe des Erblässers, Agnes Austrianik, sowie dessen Sohn Berthold Austrianik, die sich beide aufgrund des Testaments vom 4.1.1971

ohne den Vorbehalt der Inventarerrichtung zu Erben
erklärt haben, zu je 1/2 eingewortet und das
Nachlaßverfahren für beendet erklärt.

Lebenslauf

Am 13.1.1944 wurde ich als drittes der fünf Kinder des heutigen Regierungsgewerbedirektors i.R. Dr. Ing. Günter Maschmeier und seiner Ehefrau Hildegard, geb. Petzold in Gnesen (damals Warthegau) geboren.

Meine dreizehnjährige Schulzeit in Bochum schloß ich im Februar 1963 mit der Reifeprüfung an dem neusprachlichen Jungengymnasium "Graf-Engelbert-Schule", Bochum ab. In den Jahren 1963 bis 1969 absolvierte ich an den Universitäten Berlin, Genf (Schweiz), Würzburg, Caen (Frankreich) und Münster das Studium der Rechtswissenschaft, das ich am 22. 2. 1969 mit der ersten juristischen Staatsprüfung vor dem Oberlandesgericht Hamm abschloß.

Nach kurzer Tätigkeit als wissenschaftliche Hilfskraft an der Universität Münster widmete ich mich mit Hilfe eines Promotionsstipendiums aus Mitteln des Landes Nordrhein-Westfalen bis Ende 1970 der Abfassung der vorliegenden Dissertation.

Den im Anschluß daran begonnenen juristischen Vorbereitungsdienst habe ich seit Oktober 1971 unterbrochen, um eine Lehrtätigkeit an der Universität Coventry (England) auszuüben.

